

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 1999



**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	
Juan B. JORDANO BAREA: «¿Es fuente primaria del Derecho la <i>prudentia iuris</i> o la <i>lex</i> ? (Glosa a una vieja disputa entre Castro y D'Ors)»	5
Antonio MONSERRAT VALERO: «Los intereses garantizados por la hipoteca»	13
Paz SOLER MASOTA: «Fotografía y Derecho de autor»	101
Pedro del OLMO GARCÍA: «Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar»	145
Fernando GONZÁLEZ BOTIJA: «La transferencia de cuota láctea por arrendamiento: su evolución normativa y jurisprudencial en el Ordenamiento jurídico comunitario»	209
José Manuel MARTÍN OSANTE: «La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo»	241
Antonio Manuel MORALES MORENO: «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)»	265

	<i>Pág.</i>
<b>Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias</b>	
Por Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ .....	289
<b>Vida jurídica</b>	
Margarita GARRIGA GORINA/Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI: «Jornadas sobre el nuevo Código de Familia de Cataluña» ...	325
<b>Bibliografía</b>	
<b>LIBROS</b>	
GÓMEZ CALLE, Esther: «El contrato de viaje combinado», por Nieves Fenoy Picón .....	343
MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «La oferta contractual», por Máximo Juan Pérez García .....	353
MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge titular o poseedor», por Ana M. <sup>a</sup> Colás Escandón .....	360
MORENO MOLINA, José Antonio: «La protección ambiental de los bosques», por Blanca Rodríguez-Chaves Mimbreno .....	373
SIERRA PÉREZ, Isabel: «Responsabilidad del empresario y relación de dependencia», por Gema Díez-Picazo Giménez .....	376
TORRES PARRA, María José: «El mandato de crédito como garantía personal», por María del Pilar Pérez Álvarez .....	377
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	383
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>SENTENCIAS COMENTADAS</b>	
María Paz GARCÍA RUBIO: «Reconocimiento de nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún por consolidación. Comentario a la STS (Sala Primera) de 28 de octubre de 1998» .....	425
Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/María Isabel HUERTA VIESCA: «Dos cuestiones prácticas de la retroacción: procedimiento y retroacción frente a la legislación especial del Mercado Hipotecario (a propósito de la STS de 23 de enero de 1997 y su acogimiento en la "Jurisprudencia Menor")» .....	433
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep María BECH SERRAT, Pilar CÁMARA ÁGUILA, Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ .....	453

# **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: 8.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: 2.600 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 LII, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 1999

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 1999

---

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

---

NIPO (BOE): 007-99-033-2  
NIPO (M. de Justicia): 051-99-011-2  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

¿Es fuente primaria del Derecho la *prudentia iuris* o la *lex*?  
(Glosa a una vieja disputa entre Castro y D'Ors)

**JUAN B. JORDANO BAREA**  
Catedrático Emérito de Derecho Civil  
Universidad de Sevilla

Hace ya medio siglo, en la primavera de 1948, publicaba el *Anuario de Derecho Civil* una nota crítica de don Federico de Castro a propósito de un artículo del profesor D'Ors sobre el valor de la jurisprudencia como fuente originaria del Derecho <sup>1</sup>.

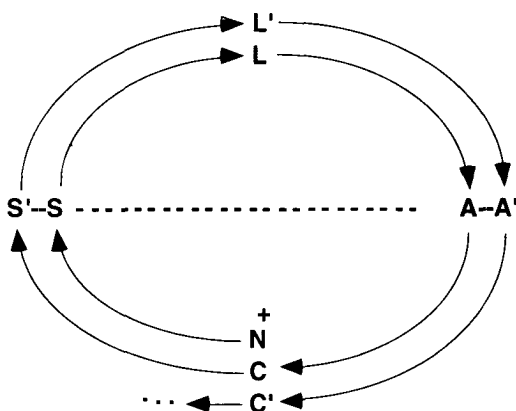
Sostenía D'Ors que la fuente genuina del Derecho es la *prudentia iuris*; de ésta, en su más pleno sentido (comprensivo de la ciencia libre del Derecho o jurisprudencia no oficial), derivaría la ley (una especie de «jurisprudencia en conserva»), y de la aplicación de aquella, la costumbre («una simple memoria, una tradición popularizada, de ciencia jurídica»); y, sucesivamente, nacería nueva jurisprudencia, luego condensada oficialmente en nueva ley que, al ser aplicada, determinaría el nacimiento de nueva costumbre, etc., según lo que más tarde llamaría D'Ors el «ciclo de la producción jurídica», dibujado por el maestro ante un grupo de amigos al final de su célebre conferencia en el Ateneo de Madrid <sup>2</sup>, y que cabría representar así:

---

<sup>1</sup> La nota crítica de CASTRO llevaba por título «¿Es la ciencia libre del Derecho fuente primaria del Derecho? (Apostillas a un artículo)», y fue publicada en *ADC*, t. I (1948), pp. 565-580.

El artículo de D'ORS se intitulaba «De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral», y se publicó en *Información Jurídica*, 55 (1947), pp. 63-82.

<sup>2</sup> D'ORS, «Los romanistas ante la actual crisis de la ley», Madrid, 1952, pp. 8-9, nota. Una versión más amplia de la citada conferencia fue publicada bajo el título «Jus europaeum?», en *L'Europa e il Diritto Romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. I, Milán, 1953, 449-476; una versión abreviada en *Ius*, 2 (1951), pp. 340-356, y en *Revista de Derecho*, 10-12 (Quito, 1984), pp. 81-100.



Partimos —explica D’Ors— de +(N), la naturaleza de las cosas, como realidad primaria que contempla el Juez (o el que asume la función de enjuiciar), el cual no puede dejar de observarla al dar su sentencia (S); de otra suerte su sentencia sería injusta. La sentencia (S), como formulación concreta (casuística) de prudencia jurídica, engendra la formulación general de la ley (L). Ésta se impone como Derecho positivo, es decir, impuesto al Juez para su aplicación (A); el Juez aplicará así el nuevo dato legal; de otra suerte, su sentencia sería ilegal. De todos modos, la actitud del Juez en los dos extremos de la línea judicial (S y A) no es esencialmente distinta, pese a que se haya introducido la norma «positiva» o impuesta. La aplicación (A) de la ley supone su realización en la vida social mediante la formación de una costumbre (C), que viene a ser como una «segunda naturaleza». Nuevamente, a partir de esa naturaleza de las cosas, confirmada o modificada (evolución jurídica) por la costumbre judicial, el Juez extrae nuevas decisiones o sentencias (S’), que ocasionarán, al sentar nueva jurisprudencia, cambios legislativos (L’), los cuales se impondrán al Juez (A’) para influir en la realidad (C’), y así sucesivamente.

Tenemos así —concluye D’Ors—, como momentos fundamentales de la producción jurídica, la sentencia dada por la *prudencia iuris*, la ley y la costumbre. Aquélla es la fundamental, aunque dependa a su vez de la naturaleza de las cosas, porque es la que engendra la ley y la costumbre; por eso decimos que la jurisprudencia es la fuente primaria. Todavía añade D’Ors que la prudencia jurídica es obra fundamentalmente del entendimiento; la ley, de la voluntad (cfr. el «dispongo» de la norma legal); y la costumbre, de la memoria. Esta coincidencia con las tres potencias operativas del alma o espíritu humano (inteligencia, memoria y voluntad) tiene —a nuestro juicio— un valor más simbólico o analógico que rigurosamente hermético.

Hasta aquí —en lo sustancial transmitido fielmente con sus mismas palabras— el pensamiento de D’Ors, después desenvuelto en otros estu-

dios<sup>3</sup>, en los que se define el Derecho diciendo que «es aquello que aprueban los Jueces» y afirmando resueltamente que «Derecho judicial es el Derecho».

Ante esta postura, el profesor Castro opone en bloque la doctrina tomista de la ley, que en realidad D'Ors no rechaza, si bien duda que los civilistas hayamos obtenido algún resultado práctico de la misma.

Frente al punto de vista *judicialista* –el Derecho como aquello que es exigible en juicio (divino o humano)– el profesor Castro opone el punto de mira *normativista* u *ordenancista* –el Derecho como aquello que está contenido en la ley (divina, natural y humana positiva, esta última acorde con las dos primeras)–.

Para Castro, también olvida D'Ors en su tesis los siguientes puntos:

1.º Que los Jueces –y también el Tribunal Supremo– forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de Constitución política.

2.º Que el Juez que desobedece a la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas.

3.º Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, e infringiendo el mandato de la Constitución sobre la división de poderes, sería un acto revolucionario que, si tuviese éxito, significaría un cambio constitucional.

4.º Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto a la conducta de los alguaciles, la policía judicial y el verdugo (cuando existe la pena de muerte, hoy abolida por la Constitución española de 1978).

A esto se podría, quizá, replicar:

1.º Que también la Constitución, como norma jurídica que es, se aplica directamente por los Jueces.

2.º Que las sanciones en que incurre el Juez desobediente son impuestas también por otros Jueces.

3.º Que todo acto revolucionario que tenga éxito implica ciertamente un nuevo orden, legitimador de la resistencia antes empleada.

4.º Que la eficacia de la ley depende en mayor medida de la policía judicial que de la sentencia; pues para hacer observar los mandatos, en que la ley consiste, se demuestra mucho más eficaz la coacción policial,

---

<sup>3</sup> Vid. D'ORS, «Principios para una teoría realista del Derecho», en *AFD*, I (1953) pp. 3-54; ídem, «Para una interpretación realista del artículo 6.º del Código civil español», en *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milán, 1961, pp. 119-126, y en *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, pp. 264-277; ídem, *Una introducción al estudio del Derecho*, primera edición, Madrid, 1963, pp. 100-142; hay del primer estudio una versión francesa con el título «Le réalisme juridique», en *Droit Prospectif* (Aix-Marseille), 11 (1981), pp. 367-368; y otra, muy abreviada, con el título «Le Droit? Tout ce qu'approuvent les juges», en *Revue française de théorie juridique*, 10 (1989), número dedicado a la definición del Derecho, pp. 51-52.



al mantener un orden concreto, que la sentencia judicial, la cual simplemente puede señalar un caso de infracción de dicho orden.

Para entender bien la posición sostenida por Castro, hay que partir de su concepción del Derecho como «reglamentación organizadora de una comunidad, legitimada por su armonía con el Derecho natural», o bien como «conjunto de mandatos con eficacia social organizadora, legitimados por su conformidad con el *ius naturale* y cuyo fin es la realización de la justicia»<sup>4</sup>. Estamos, pues, ante una concepción «principalista» del Derecho: los principios generales tienen no sólo un valor supletorio del Derecho, sino también un valor fundamentador e informador o interpretativo del mismo.

A este propósito, recordemos que en el magisterio de Castro ocupan un lugar central los principios generales del Derecho: a saber, los principios del Derecho natural primario, los principios políticos o constitucionales y los principios tradicionales o sociales; en realidad los dos últimos, principios de un Derecho natural secundario, derivado del primario por vía de determinación o consecuencia.

Como escribe con acierto mi discípulo el profesor Antonio Gordillo, «la prestancia formal de la ley, dotando de positividad y eficacia a la justicia natural, y la *ratio* de los principios naturales de justicia, nutriendo de contenido justo el molde formal de la Ley, vendrían, en plena superación del positivismo (legalista), a encontrarse en la fuente primaria del Ordenamiento: la Ley, también caracterizada por su contenido; la misma que podría garantizar a un tiempo los fines de justicia y seguridad del Derecho; mejor, quizá, si ambos fines no se entienden separadamente: el fin de la seguridad en la justicia». Sólo así se comprende —añade Gordillo en nota— la ferviente afirmación del primado de la ley mantenida por don Federico de Castro<sup>5</sup>.

En el pensamiento de Castro está clara la subordinación del Derecho positivo humano respecto a la Ley eterna (*ius divinum*) y a la Ley natural (*ius naturale*), que actuarían al mismo tiempo como fundamento y límite de aquél. La existencia del Derecho divino o del Derecho natural condicionarían todo el Derecho positivo o impuesto: ahí radicaría su «legitimidad» o «validez extrapositiva»; su «eficacia» o «vigencia social» ya dependería de los Jueces o ejecutores del mandato jurídico, que —en principio— estarían obligados a cumplirlo.

Pero no se pueden cerrar los ojos al hecho evidente de la crisis del absolutismo legalista, del normativismo positivista, en una palabra, la crisis de la ley. «Que tanto la moneda como la ley —escribe D'Ors<sup>6</sup>— han sufrido en nuestros días una inflación, una desvalorización, en fin, un

<sup>4</sup> CASTRO, *Derecho Civil de España*, 3.ª edic., t. I, Madrid, 1955, p. 32; ídem, *Compendio de Derecho Civil*, 2.ª edic., Madrid, 1964, p. 14.

<sup>5</sup> GORDILLO, «Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho», en *ADC*, t. XL (1988), p. 484 y nota 33.

<sup>6</sup> En el prólogo a su ya citada conferencia en el Ateneo madrileño, p. 7.

desprestigio, es un hecho que está a la vista. Conviene, sin embargo, no olvidar que la crisis de la moneda y la crisis de la ley no son más que los dos aspectos evidenciales de un mismo fenómeno: la crisis radical del mundo moderno. De ahí la gravedad y actualidad del tema».

Pues bien, ante a actual crisis de la ley, se explica que D'Ors trate de revalorizar la jurisprudencia dentro de una concepción del Derecho judicialista («Derecho es lo que aprueban los Jueces»), llegando incluso a otorgar a la *prudentia iuris* el papel de fuente primaria y creadora del Derecho («fuente príncipe», la llama). Lo cual no es así exactamente, pues como el mismo D'Ors reconoce al trazar lo que él denomina el «ciclo de la producción jurídica», la naturaleza de las cosas (¡Derecho natural!) es la realidad primaria que contempla el Juez (o el intérprete), el cual no puede dejar de observarla al dar su sentencia o decisión; de otra suerte, éstas serían injustas.

Es decir, que el prudente del Derecho, para no ser «imprudente», tiene que adecuar sus decisiones a los principios del Derecho natural que todo hombre lleva grabados en su corazón (San Pablo, Rom. 2, 15). Son, pues, esos principios los que constituyen la fuente originaria del Derecho, la pequeña fuente escondida que mana en la montaña, que gracias a la obra de la prudencia jurídica (y de la legislación, que –según D'Ors– no es más que «una como condensación oficial de jurisprudencia»), se convierte en río amplio y caudaloso.

Hoy habría que añadir que también ha entrado en franca crisis la jurisprudencia<sup>7</sup>. Por eso no hay más remedio, para huir del positivismo judicialista (no menos peligroso que el positivismo legalista), que volver otra vez la vista hacia los principios generales del Derecho, sin hacer criptoiusnaturalismo bajo las expresiones de *Natur der sachen, natura rerum* («naturaleza de las cosas»), «principios extralegales de Derecho justo» u otras equivalentes.

Decididamente, nosotros hacemos profesión de iusnaturalismo, como por cierto la hizo D'Ors<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Sobre su controvertido valor como fuente formal del Derecho, *vid.* en sentido positivo, además de las obras citadas de D'ORS, las de DUALDE, *Una revolución en la lógica del Derecho*, Barcelona, 1933, y PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, 1951. En sentido negativo, si bien reconociendo su gran importancia práctica, *vid.* CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, cit., pp. 554-571; ídem, *Compendio de Derecho Civil*, cit., pp. 118-121; y ALBALADEJO, «La jurisprudencia», en *RDJ*, junio de 1970, pp. 544-555.

Una interesante y sugerente postura mantiene LALAGUNA (*Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969), para quien transformar el Derecho positivo –manifestado a través de cada una de sus fuentes formales (ley, costumbre, principios generales)– ante las situaciones jurídicas singulares, es el oficio propio de la interpretación jurisprudencial, que por tanto nunca crea por sí misma normas generales, sino que con sus decisiones contribuye a la realización de lo justo en cada situación jurídica concreta, creando así o, más bien, recreando normas singulares o interindividuales, con eficacia en principio circunscrita a las partes que intervienen en el proceso (cfr. art. 1252 CC).

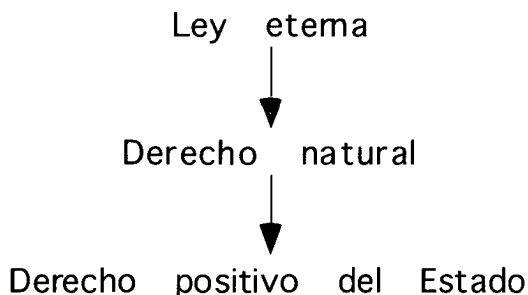
<sup>8</sup> En su artículo «Ante el actual renacimiento del *ius naturale*», en *Foro Gallego*, 79 (1952), pp. 3-10; *vid.*, también, D'ORS, «El Derecho natural de San Pablo», en *AHDE*, XXVI (1956), pp. 771 y ss.

En realidad, no están tan distantes el pensamiento de Castro y D'Ors: ambos coinciden en su apelación al Derecho natural o «naturaleza de las cosas» como fundamento básico y último de la normatividad jurídica; difieren, con todo, en sus diversos puntos de mira:

1) D'Ors adopta un punto de vista judicialista. Para él lo decisivo en toda norma jurídica es su exigibilidad en juicio. Concibe el Derecho como aquello que es susceptible de pretensión en un *iudicium* (divino o humano). De ahí las diversas fórmulas orsianas del concepto de Derecho: a) en el Derecho romano clásico, «orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo (*iuris prudentes*)»; b) «el Derecho consiste en posiciones justas, esto es, aquellas que los Jueces han aprobado o pueden aprobar en caso de conflicto»; c) «Derecho es aquello que aprueban los Jueces»; d) «Derecho judicial es el Derecho»; e) «Derecho divino es aquello que el Juez Divino aprueba»; f) «Derecho natural es aquello que el Juez Divino aprueba respecto de los infieles (o no creyentes en Dios)»<sup>9</sup>.

2) Castro, en cambio, sigue el punto de vista normativista u ordenancista: el Derecho como aquello que está contenido en la ley (divina o eterna, natural y humana positiva, ésta conforme a las dos primeras).

Según ese gran maestro, la relación entre la ley eterna (razón y voluntad de Dios ordenando el mantenimiento del orden natural) (San Agustín) y la ley natural (participación de la ley eterna en la criatura racional) (Santo Tomás) con el Derecho estatal puede representarse por este esquema:



«Conviene precisar –añade Castro– que el Derecho positivo no sólo depende jerárquicamente del Derecho natural, sino que está informado por él en todas sus instancias»<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Para las distintas formulaciones jurídicas orsianas, cfr. Agustín GÁNDARA MOURE, *El concepto de Derecho en Álvaro D'Ors*, Santiago de Compostela, 1993, pp. 133 y ss., tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad compostelana, y de cuyo Tribunal calificador tuvo el honor de formar parte como Presidente.

<sup>10</sup> CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. I, cit., p. 49, nota 3.

Cabe, sin embargo, hacer la síntesis de ambos puntos de vista: el de la *lex* (Castro) y el del *iudicium* (D'Ors); y concebir el Derecho como conjunto de normas o reglas, primarias y secundarias, dotadas de eficacia social organizadora, y al mismo tiempo como aquello que reconocen como tal los Jueces en su concreta actuación profesional.

Para concluir, estamos ya en grado de responder concretamente a la pregunta que sirve de título a esta breve glosa: la fuente primaria del Derecho no es, en rigor, ni la jurisprudencia ni la ley, sino cabalmente los principios generales, que –como enseñaba el maestro don Federico de Castro– están en el origen mismo del Derecho positivo (función fundadora), orientan su interpretación (función interpretativa) y suplen, por último, sus posibles lagunas (función supletoria). Como se ve, los principios generales están en todas las operaciones jurídicas, pero sobre todo, haciendo honor a su nombre, al principio, en la misma creación del Derecho.



# Los intereses garantizados por la hipoteca

**ANTONIO MONSERRAT VALERO**

Profesor Titular de Derecho Civil  
Facultad de Derecho  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** I. *Intereses remuneratorios e intereses moratorios: precisión conceptual y consecuencias:* 1. Precisión conceptual y terminológica: *a)* Los intereses remuneratorios como contraprestación por la utilización de un capital ajeno durante el tiempo pactado y los intereses moratorios como indemnización por la mora en el cumplimiento de la obligación de devolverlo. Los llamados intereses moratorios incluyen intereses remuneratorios y moratorios en sentido estricto; *b)* Los intereses remuneratorios sólo existen si se han pactado, no así los moratorios; *c)* La ausencia de convenio de intereses, que —según el artículo 1108— origina la aplicación del interés legal cuando hay mora del deudor, no se refiere sólo al convenio específico de intereses para el supuesto de la mora del deudor, sino también al convenio de interés remuneratorio. 2. Consecuencias de estas precisiones: Aun no habiéndose pactado la extensión de la hipoteca a los llamados intereses moratorios, quedarían cubiertos los intereses devengados después de finalizado el plazo de duración del préstamo por el tipo de los intereses remuneratorios (intereses moratorios en el tramo coincidente con los remuneratorios).—II. *Intereses remuneratorios:* 1. La garantía hipotecaria se extiende a los intereses remuneratorios sin necesidad de pacto expreso: *a)* Es la solución implícita de la Ley Hipotecaria. 2. El límite a la garantía hipotecaria por intereses remuneratorios cuando hay perjuicio de tercero del artículo 114 LH: los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (ampliables por pacto a un máximo de cinco): *a)* La norma en la Ley Hipotecaria española sigue el modelo de los Códigos civiles francés e italiano y, aunque con distinta formulación, tiene el mismo significado; *b)* El artículo 114 garantiza frente a terceros los intereses devengados y no pagados durante las fechas del período temporal individualizado según los criterios que establece, y no una cuantía teórica de intereses resultante de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante el número de meses comprendidos en las dos últimas anualidades y la corriente, prescindiendo de las fechas de devengo de los intereses impagados; *c)* Según la Ley Hipotecaria este límite sólo juega en beneficio de terceros; *d)* A pesar de que la ley no limita los intereses cubiertos por la hipoteca entre partes, es frecuente que las escrituras de préstamos hipotecarios los limiten convencionalmente, quizás, por razones fiscales. 3. Justificación del límite del artículo 114: *a)* La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 justifica inicialmente el límite en términos de la protección del tercer adquirente y los Códigos francés e italiano en términos de exigencia de los principios de especialidad y publicidad; *b)* Sin embargo, analizando a fondo la justificación de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, coincide con las justificaciones aducidas por la doctrina francesa e italiana; *c)* El tercero



de la Exposición de Motivos parece limitarse al tercer poseedor y el tercero de los Códigos civiles francés e italiano parece ser más amplio e incluir, incluso, otros acreedores del deudor; *d*) La limitación de la cuantía de intereses garantizados no es una exigencia de los principios de especialidad y publicidad. Sólo cabe fundamentarla en razones prácticas (fijar la verdadera solvencia patrimonial del deudor o evitar posibles fraudes) y podría suprimirse sin especiales inconvenientes. 4. Cómputo del período de tiempo al que se circunscribe la responsabilidad hipotecaria por intereses en virtud del artículo 114: *a*) Enumeración de los problemas que plantea el cómputo de tiempo: momento a partir del cual se fija retrospectivamente el cómputo de las anualidades y cómo se determina la anualidad corriente; *b*) Momento a partir del cual, retrospectivamente, se inicia el cómputo. Posibles soluciones teóricas: computar las anualidades hacia adelante a partir del primer día del período de intereses impagados o hacia atrás a partir del último día de este período. La redacción del artículo 114 impide la primera solución. En la solución del problema incide otro: si a los intereses devengados durante el procedimiento también les afecta el límite del artículo 114 LH; *c*) La solución del Derecho francés: las anualidades se cuentan retrospectivamente a partir de la resolución judicial de adjudicación de la finca al mejor postor, pero también quedan cubiertos los intereses que se devenguen con posterioridad (el procedimiento francés aún puede alargarse), hasta que el acreedor cobra; *d*) La solución del Derecho italiano: las anualidades se cuentan retrospectivamente a partir de la resolución judicial con que se inicia la ejecución, pero los intereses devengados posteriormente durante el procedimiento quedan cubiertos, aunque sólo hasta la venta de la finca y por el interés legal; *e*) La solución en el Derecho español: según una opinión doctrinal bastante extendida, seguida por alguna sentencia, se computan las anualidades del 114 retrospectivamente a partir de la fecha de presentación de la demanda de ejecución, pero los intereses devengados durante el procedimiento también quedan garantizados. Según otra opinión las anualidades se computan retrospectivamente a partir de la fecha de celebración de la subasta, aunque se haya alargado el procedimiento y no queden cubiertos todos los intereses adeudados; *f*) Los intereses devengados durante el procedimiento a los que no alcanza el límite del artículo 114 LH serán los moratorios. En el caso excepcional de que durante el procedimiento también se devenguen intereses remuneratorios es dudoso que no se vean afectados por este límite; *g*) El problema de la anualidad corriente: los años se cuentan a partir del primer día del período de intereses devengados no pagados. Esta fórmula permite que, aleatoriamente, la anualidad corriente varíe de uno a doce meses; *h*) Problema que plantea la variabilidad de la cuantía de intereses en la aplicación del artículo 114 LH. El Tribunal Supremo –en el supuesto de préstamos de amortización gradual– ha decidido que la variabilidad de los intereses no afecta a la cifra de intereses garantizados frente a terceros que será la misma cualesquiera que sean las fechas de las anualidades que se computen; *i*) Es dudoso que la solución del Tribunal Supremo se ajuste a lo ordenado por el artículo 114 LH; *j*) El límite del 114 LH como una cuantía teórica de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante el tiempo determinado por la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anualidades anteriores, prescindiendo de las fechas de devengo de los intereses impagados, o como los intereses efectivamente devengados y no pagados durante el período temporal concreto en que se sitúa la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anteriores: consecuencias de entenderlo de una forma o de otra. 5. ¿Quién es el tercero del artículo 114 LH?: *a*) Terceros no son sólo adquirentes de derechos reales, sino también los acreedores personales del deudor que han obtenido una anotación de embargo; ¿y si no la han obtenido?; *b*) No son terceros los herederos del deudor, el comprador de la finca hipotecada que se subroga en la posición del deudor ni el hipotecante no deudor; *c*) Dentro del concepto de tercero también lo están los posteriores a la nota marginal

del Registro de existencia del procedimiento; *d*) El tercero del artículo 114 no es el mismo que el del artículo 34 y, por tanto, no ha de cumplir los mismos requisitos que éste.—III. *Intereses variables*: 1. Validez de las cláusulas de tipo de interés variable: Son válidas siempre que cumplan los requisitos legales. 2. Requisitos de las cláusulas de interés variable para que se puedan ejecutar a través del procedimiento del artículo 131 de la LH: *a*) Fijación de un límite máximo al tipo de interés variable; *b*) La aportación, junto con la demanda, del documento que permita apreciar el tipo aplicable a cada período de tiempo.—IV. *Intereses moratorios*: 1. Pacto expreso de garantía de los intereses moratorios: *a*) Para que los intereses moratorios (pueden imponerse sobre las cantidades adeudadas por capital, intereses, gastos que el acreedor ha tenido que pagar por cuenta del deudor —suplidos—) queden cubiertos por la hipoteca se requiere un pacto expreso en este sentido. 2. Requisitos exigidos por la DGRN para inscripción de las hipotecas en garantía de intereses moratorios: *a*) Un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etc.); *b*) En la práctica el tope máximo de garantía por intereses moratorios se determina fijando un número de años de intereses por el que responde la hipoteca o fijando una cantidad máxima; pero la primera fórmula plantea problemas, aunque las exigencias de la buena fe llevan a admitir la validez de las cláusulas que la utilicen y suplir sus deficiencias; *c*) La fórmula de determinar el tope máximo en la escritura fijando sólo el tipo de intereses moratorios es, en principio, insuficiente; *d*) La insuficiencia de la fórmula anterior no queda salvada aunque la pongamos en relación con el artículo 114 de la LH; *e*) El tope máximo de garantía por intereses moratorios ha de venir diferenciado de las cantidades de las que responde la hipoteca en virtud de otros conceptos. En nuestra opinión tal requisito podría suprimirse; *f*) Las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 sientan la doctrina, en nuestra opinión infundada, de que hay una cuantía máxima de la que no pueden exceder la suma de los intereses remuneratorios y moratorios garantizados por la hipoteca y esta cuantía máxima son cinco años de intereses remuneratorios. 3. Exigencias de la DGRN para que los intereses moratorios puedan ser ejecutados mediante el procedimiento del artículo 131 LH: *a*) Construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. Sin embargo, esto no obsta a que puedan ejecutarse los intereses moratorios a través del procedimiento del artículo 131 LH; *b*) La escritura de hipoteca ha de determinar el modo de fijación de la cuantía de los intereses moratorios (sistema de liquidación del crédito, posibilidad de impugnación, duración); pero la práctica judicial prescinde de este requisito; *c*) La LH exige que la escritura hipotecaria contenga los extremos anteriores en la hipoteca en garantía de cuentas corriente de crédito (en otras hipotecas de máximo —obligaciones con cláusula de estabilización e interés variable— no exige expresamente ningún requisito); *d*) Los requisitos anteriores no son aplicables analógicamente al supuesto de hipoteca en garantía de intereses moratorios. 4. Si a los intereses moratorios se aplica el límite del artículo 114: *a*) La DGRN aplica este límite, pero entendiendo —sin fundamento legal, en nuestra opinión— que la suma de intereses remuneratorios y moratorios cubierta por la hipoteca, no puede exceder, por imperativo legal, a cinco anualidades de intereses remuneratorios; *b*) El límite del artículo 114 LH también se aplica a los intereses moratorios de modo que sólo estarán garantizados los devengados dentro del período delimitado por la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anteriores, salvo se pacte la ampliación a cinco anualidades.—V. *Liquidación de intereses remuneratorios y moratorios en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*: 1. Momento en que se efectúa la liquidación: Una vez consignado el precio; hay razones para no practicarla después de adjudicada la finca en la subasta, pero antes de

la consignación del precio. Especialidad en el caso de que el adjudicatario sea el acreedor. 2. Hasta qué fecha se calculan los intereses: En la práctica judicial se liquidan los intereses hasta la fecha de celebración de la subasta. 3. Cálculo de los intereses remuneratorios. A los intereses remuneratorios que se debían a la fecha de la presentación de la demanda hay que añadir los que se devenguen durante el procedimiento, si es que se devengan. 4. Cálculo de los intereses moratorios: A los intereses moratorios que se debían a la fecha de presentación de la demanda hay que añadir los que se devenguen durante el procedimiento. En los préstamos de amortización gradual con cláusula de vencimiento anticipado los intereses moratorios se calculan sobre la totalidad de las cantidades pendientes de devolución o sólo sobre las cuotas que, según el plan de amortización pactado, tenía que haber recibido el prestamista durante el procedimiento, dependiendo de los términos del contrato. 5. Procedimiento de liquidación de intereses: *a)* En la práctica no hay un criterio uniforme en el procedimiento de liquidación de intereses; *b)* Algunos Juzgados aplican el procedimiento que prevé la LEC para liquidar los daños y perjuicios a los que ha condenado una sentencia cuando ésta no fija su importe en cantidad líquida (arts. 928 a 931 y, en su caso, 937 a 945); *c)* Otros aplican el procedimiento de la liquidación de costas (arts. 426 y ss. LEC) que remite al trámite de los incidentes cuando hay oposición del deudor; *d)* Al deudor se le ha de notificar la liquidación de intereses aunque no haya comparecido en el procedimiento; también a los titulares de cargas posteriores que han comparecido.

La hipoteca garantiza no sólo el capital, sino los intereses de la deuda, sin necesidad de pacto expreso y también puede garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

## I. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES MORATORIOS: PRECISIÓN CONCEPTUAL Y CONSECUENCIAS

### 1. PRECISIÓN CONCEPTUAL Y TERMINOLÓGICA

*a)* *Los intereses remuneratorios como contraprestación por la utilización de un capital ajeno durante el tiempo pactado y los intereses moratorios como indemnización por la mora en el cumplimiento de la obligación de devolverlo. Los llamados intereses moratorios incluyen intereses remuneratorios y moratorios en sentido estricto.*—Cuando se celebra un contrato de préstamo, al menos en los concedidos por entidades financieras, es usual pactar dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios, que son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado, y los llamados intereses moratorios, que son los devengados por las sumas de dinero que el prestatario debería haber entregado ya al prestamista<sup>1</sup> y no ha entregado, como indemnización de los perjuicios causados por la mora. Lógicamente se pacta un tipo de interés mora-

<sup>1</sup> Entrega de dinero que puede ser bien en concepto de amortización o devolución del capital, bien en concepto de pago de intereses remuneratorios.

torio superior al remuneratorio. Obsérvese que sin referirnos a la función que cumplen (compensatoria o indemnizatoria) los intereses remuneratorios se caracterizan por devengarse por las sumas de capital prestado en poder del prestatario dentro de los plazos pactados y los moratorios por devengarse por sumas de dinero durante el tiempo que han estado en poder del prestatario cuando tenían que haber sido ya entregadas al prestamista.

Mientras el prestatario moroso no devuelve el capital ya vencido<sup>2</sup> continúa utilizando un capital ajeno y, por tanto, se puede sugerir que los intereses que devenga el capital vencido todavía no devuelto son remuneratorios, en la medida en que siguen remunerando el capital y moratorios en la medida en que suponen una indemnización de daños y perjuicios<sup>3</sup>. Así, cuando se habla de unos intereses remuneratorios del 15 por 100 y de unos moratorios del 22 por 100, de este 22 por 100, el 15 son remuneratorios y el 7 moratorios propiamente dichos. Esta sugerencia no pretende introducir ningún cambio terminológico ni conceptual<sup>4</sup>, sino poner de relieve un modo de ver la cuestión con fundamento, según pienso, en la realidad.

b) *Los intereses remuneratorios sólo existen si se han pactado, no así los moratorios.*—Los intereses remuneratorios sólo existirán si se han pactado, según dispone el artículo 1755 del Código Civil. En cambio, el retraso en el cumplimiento de la obligación de devolver el capital da lugar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, a intereses moratorios desde que el deudor incurre en mora<sup>5</sup>, aunque el contrato no haya previsto el supuesto de mora del deudor. El tipo de estos intereses moratorios será el de los intereses convenidos y a falta de convenio, el legal, concluye el artículo 1108<sup>6</sup>.

c) *La ausencia de convenio de intereses, que —según el artículo 1108— origina la aplicación del interés legal cuando hay mora del*

---

<sup>2</sup> O paga los intereses remuneratorios ya vencidos.

<sup>3</sup> En los intereses moratorios, de tipo superior a los remuneratorios, aparte de una indemnización de daños y perjuicios se puede ver una sanción al prestatario moroso, pues los daños y perjuicios, normalmente, ya estarían cubiertos por un tipo de interés moratorio igual al remuneratorio.

<sup>4</sup> *Por ello los intereses remuneratorios se devengarán hasta el momento de la mora, a partir de entonces entrarán en liza sólo los de demora. La razón es que se presume que el mayor tipo, pactado por los intereses de demora, engloba como indemnización de daños y perjuicios a los ordinarios o remuneratorios* (MURO VILLALÓN, Jesús: *Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variable, El llamado interés de demora en Hipoteca y seguridad jurídicas*. Colegio de los Registradores. Madrid, 1991, p. 166). No pretendo decir que a los intereses devengados a partir de la mora no se les llame moratorios, sino, con base en la presunción que expone MURO, advertir que, conceptualmente, en el llamado interés moratorio hay una componente del remuneratorio.

<sup>5</sup> Para incurrir en mora es necesaria la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor (art. 1100). Si el retraso se produce en el pago de intereses, en ausencia de pacto, sólo se generan intereses moratorios desde que son reclamados judicialmente (art. 1109), no basta la reclamación extrajudicial.

<sup>6</sup> Obsérvese que los intereses remuneratorios tienen un origen convencional y los moratorios pueden tenerlo convencional o legal.

*deudor, no se refiere sólo al convenio específico de intereses para el supuesto de la mora del deudor, sino también al convenio de interés remuneratorio.*—Es decir, si al finalizar el plazo del préstamo, el deudor no devuelve el capital al acreedor y no se ha pactado ningún interés moratorio, pero sí remuneratorio, el tipo de interés que devengará el capital no devuelto, mientras dure la mora del deudor, será el remuneratorio y no el legal, normalmente inferior al primero<sup>7</sup>. Es lógico que la suma prestada continúe devengando intereses no al tipo de los legales, sino de los remuneratorios, ya que si éstos son una contraprestación al capital prestado, mientras éste no sea devuelto los continuará devengando<sup>8</sup>. En este caso

<sup>7</sup> En el hipotético caso de que el interés remuneratorio fuera inferior al legal quizás sería razonable que las cantidades incursas en mora devengaran el interés legal y no el moratorio, atendiendo a los razonamientos de la nota siguiente, pero esto vendría impedido por el artículo 1108 del Código Civil que sólo hace jugar el tipo de interés legal para los intereses moratorios —en el sentido de devengados por las sumas atrasadas— cuando no se ha pactado ningún interés, tampoco remuneratorio y en este caso sí se ha pactado.

<sup>8</sup> En este sentido podemos citar a LAURENT, F. (*Principes de Droit Civil Français*, t. 26, París-Bruselas, 1877, núm. 516, p. 536): *El prestatario se obliga por pacto a devolver el capital en un plazo de tiempo determinado y a pagar intereses hasta esta fecha. No devuelve el capital. ¿debe los intereses a partir del vencimiento sin necesidad de una nueva convención y sin necesidad de demanda judicial?* (el art. 1153 del Code exigía, entonces, la demanda judicial para la constitución en mora; posteriormente se modificó y ahora basta una reclamación extrajudicial)... *Es necesaria una interpretación retorcida para contestar negativamente... la voluntad bien cierta de las partes... es que el prestatario no goce del capital sino pagando intereses. ¡Y sin embargo se le descarga al deudor del pago de intereses porque no cumple la obligación de reembolsar la suma prestada!* BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE (*Traité Théorique et Pratique de Droit Civil Des Obligations*, t. I, París, 1906, núm. 506, p. 535): ... *si en virtud del contrato, el crédito produce intereses superiores a los legales, continúa siendo así después de que el deudor haya sido puesto en mora.* BAUDRY LACANTINERIE-WAHL (*Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. XXIII, París, 1907, núm. 904, p. 509): *Un préstamo se ha celebrado por un plazo determinado con un convenio de intereses hasta el día fijado para su reembolso; el prestatario no cumple a la expiración del tiempo pactado, ¿continúa debiendo los fijados por el convenio? La afirmativa parece, en principio, obligada* (y dice en principio porque, hasta la fecha eran más numerosas las sentencias que sostenían la solución negativa). GOUBEAUX, GILLES y BIHR, Philippe (*Code Civil*, Dalloz, París, 1992-1993, p. 1353, comentario al art. 1907, núm. 5): *Los intereses convencionales se deben incluso después del vencimiento de la deuda de capital hasta su completo pago y reparan así el retraso en la ejecución, sin posibilidad de cúmulo con los intereses legales moratorios.* Por lo que respecta al Derecho español, RUIZ-RICO RUIZ (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales de EDERSA*, t. XV-1.º, Madrid, 1989, pp. 814 y ss.): *cuando las partes en un contrato, v. gr., de préstamo, han estipulado un tipo concreto de interés distinto del legal... con la finalidad de remunerar el disfrute por el prestatario de un capital ajeno, y nada han previsto para el supuesto de incumplimiento moroso, ¿cabe extender a esta situación ulterior el tipo de interés pactado?, ¿será de aplicación siempre la tasa del tipo de interés legal del dinero?... la doctrina nacional y extranjera, salvo excepciones, ha mostrado su conformidad con la vigencia del tipo de interés pactado una vez constituida la mora... nuestra posición es abiertamente favorable a la extensión de los intereses convenidos ... Para ello nos basamos, aparte de en la estrecha correlación que existe entre los distintos tipos de intereses (correspectivos, compensatorios, moratorios), en el propio tenor literal del artículo 1108... La ley no distingue a qué clase de intereses convenidos se refiere, si a los moratorios sólo o también a los exclusivamente correspectivos... Y el Auto de 19 de junio de 1991 de la Audiencia Provincial de Valencia (RGD 1991, p. 8312) se pronuncia en este sentido cuando interpreta que la cláusula según la cual la cantidad adeudada devengará un interés del 8 por 100 y el interés de demora sobre los intereses vencidos y no pagados que*

podemos entender que estamos ante un interés remuneratorio, aunque devengado en el período de mora del prestatario deudor<sup>9</sup>. No parece que el artículo 1108 autorice a cobrar, en el supuesto de mora del prestatario sin interés moratorio pactado, los intereses remuneratorios más el interés legal<sup>10</sup>.

## 2. CONSECUENCIA DE ESTAS PRECISIONES

*Aun no habiéndose pactado la extensión de la hipoteca a los llamados intereses moratorios, quedarían cubiertos los intereses devengados después de finalizado el plazo de duración del préstamo por el tipo de los intereses remuneratorios (intereses moratorios en el tramo coincidente con los remuneratorios).*—Para exponerla, adelantemos que se acepta pacíficamente por la jurisprudencia, doctrina y DGRN que la hipoteca garantiza los intereses remuneratorios sin necesidad de pacto expreso de cobertura hipotecaria, en cambio, para que los intereses moratorios queden garantizados por la hipoteca es necesario que expresamente se haya pactado la extensión de la garantía hipotecaria a los mismos. Pues bien, como consecuencia de las precisiones realizadas, nos planteamos si en el supuesto de un préstamo hipotecario con

---

*ascenderá al 12 por 100 se ha de hacer en el sentido de que el cálculo de intereses se basará respectivamente en el 8 por 100 para el capital inicialmente reclamado y el 12 para los intereses vencidos... ya que de no ser así y admitir la postura del Juez a quo nos encontraríamos con el contrasentido de que mientras los intereses vencidos devengarían intereses no lo haría el capital...* (Razonamiento Jurídico Tercero)

<sup>9</sup> Esta interpretación encuentra una objeción: si cuando no se ha convenido nada acerca del tipo de interés que devengan las cantidades sobre las que se ha incurrido en mora, se aplicará el tipo pactado para los intereses remuneratorios —que es la tesis que se mantiene—, en el supuesto de que no se hubieran pactado intereses remuneratorios, ese tipo sería cero, es decir, no habría que pagar intereses moratorios, lo cual es contrario al artículo 1108, según el cual, a falta de intereses moratorios convenidos, el tipo de interés será el legal. Mas esta objeción es salvable: en un préstamo sin interés, el prestamista accede a no recibir ninguna contraprestación por el capital prestado teniendo a la vista un plazo de tiempo determinado. Si se hubiera pactado un plazo de tiempo superior a lo mejor ya hubiera exigido un interés. Por tanto, es razonable que si el plazo de devolución del capital se alarga porque el prestatario incumple su obligación de devolver el capital, la suma prestada comience a devengar intereses legales. Pero si hay intereses remuneratorios pactados, lo lógico es que las cantidades en mora devenguen intereses al tipo del remuneratorio y no al tipo del legal.

<sup>10</sup> El perjuicio que experimenta el prestamista por el retraso en la devolución de la cantidad prestada ya está cubierto, en principio, por el interés remuneratorio. Si realmente sufriera algún otro perjuicio nos adentraríamos en el problema de si el artículo 1108 permite una indemnización cuando se demuestre un mayor daño causado. El artículo 1017 del proyecto de 1851 permitía la acumulación del interés remuneratorio pactado con la tercera parte del interés legal: *Cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada y se hubieran pactado intereses, el deudor que se constituya en mora deberá abonar por vía de indemnización de perjuicios la tercera parte del interés legal además del pactado.* La redacción actual del 1108 no autoriza a esta acumulación. La única forma de admitirla sería entender que el 1108 utiliza el término indemnización de daños y perjuicios en un sentido estricto como algo añadido a los intereses remuneratorios, pero sería una interpretación forzada, sobre todo teniendo en cuenta los antecedentes del Proyecto de 1851.



unos intereses remuneratorios del 15 por 100 y otros moratorios del 22 por 100, aun sin pacto expreso de cobertura de los intereses moratorios, los que de éstos se debieran por el capital no devuelto en el tiempo pactado, quedarían garantizados por la hipoteca en el tramo de intereses coincidente con el tipo de los remuneratorios, es decir el 15 por 100. La solución afirmativa es aceptada por Morell <sup>11</sup>.

Me parece defendible la opinión de Morell, aunque también hay razones para rechazarla, mas el principio de especialidad hipotecaria obliga a hacer una precisión. Éste exige que se sepa, al menos, la cuantía máxima por la que responde la finca. En ausencia de pacto su responsabilidad por intereses no podrá exceder de la cuantía de los intereses remuneratorios devengados durante la vigencia del préstamo. De modo que si no se ha pactado la extensión de la hipoteca a los intereses moratorios y el deudor no paga una peseta de intereses remuneratorios ni, llegado el vencimiento del préstamo, devuelve el capital, la hipoteca ya no podrá cubrir los intereses devengados por el capital mientras el deudor se halla en mora. Pero si el deudor hubiera pagado algunos o todos los intereses remuneratorios, la responsabilidad hipotecaria se podría extender a los intereses devengados durante la mora del prestatario hasta la cifra máxima que representan los intereses remuneratorios devengados durante el plazo de vigencia del préstamo, según lo pactado. Mas si entendemos que el principio de especialidad hipotecaria exige no sólo que la hipoteca garantice una cifra máxima de responsabilidad de intereses remuneratorios, sino, también, que sólo garantice los intereses remuneratorios devengados durante las fechas de vigencia del préstamo, habría que rechazar la opinión de Morell. No he encontrado jurisprudencia de los Tribunales ni de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el asunto.

## II. INTERESES REMUNERATORIOS

### 1. LA GARANTÍA HIPOTECARIA SE EXTIENDE A LOS INTERESES REMUNERATORIOS SIN NECESIDAD DE PACTO EXPRESO

a) *Es la solución implícita de la Ley Hipotecaria.*—No cabe duda de que estos intereses están garantizados por la hipoteca sin necesidad de

---

<sup>11</sup> *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. III, Madrid, 1928, pp. 745 y 746, primer párrafo. Cita a BARRACHINA, según el cual la hipoteca cubre tanto los intereses devengados dentro del plazo pactado de duración del préstamos como los posteriores, pues no hay ley que obligue al acreedor a ejecutar apenas venza la obligación. MORELL lo admite y sólo hace la salvedad de que *ha de estarse a lo que fuera procedente con arreglo a las estipulaciones del contrato.... pues cabe que sólo puedan exigirse intereses legales a partir desde que legalmente pueda deducirse incurrió en mora el deudor.*

pacto expreso de garantía. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, en la parte dedicada a la extensión de la hipoteca, dice que desde que el Derecho admitió el cobro de intereses por el capital prestado *no podían dejar de considerarse afectas las fincas hipotecadas al pago de los intereses, como lo estaban al del capital. Así lo viene entendiendo la práctica; así está aceptado por regla general en los demás pueblos de Europa*<sup>12</sup>. Esta norma no la establece de modo directo y expreso el artículo 12 de la LH, pero se haya implícita en sus artículos 114<sup>13</sup> y 146<sup>14</sup>, al prever la responsabilidad hipotecaria por intereses sin exigir la ley en ningún lugar un pacto expreso que la establezca, y la presupone el artículo 12 cuando prevé que las inscripciones de hipoteca, además de expresar el importe de la obligación asegurada, expresen el de los intereses, pues ¿qué sentido tiene que la ley prevea fijar el importe de los intereses si no estuvieren garantizados por la hipoteca? La redacción originaria del artículo 12 era más explícita, pues añadía *sin cuya circunstancia* (la expresión de los intereses) *no se considerarán asegurados por la hipoteca dichos intereses en los términos prescritos en la presente ley*<sup>15</sup>.

## 2. EL LÍMITE DEL ARTÍCULO 114 A LA GARANTÍA HIPOTECARIA POR INTERESES REMUNERATORIOS EN BENEFICIO DE TERCERO: LOS DOS ÚLTIMOS AÑOS TRANSCURRIDOS Y LA PARTE VENCIDA DE LA ANUALIDAD CORRIENTE (AMPLIABLES POR PACTO A UN MÁXIMO DE CINCO)

a) *La norma en la Ley Hipotecaria española sigue el modelo de los Códigos civiles francés e italiano y, aunque con distinta formulación, tiene el mismo significado.*—Ahora bien, el artículo 114 establece un límite a la cuantía de intereses cubiertos por la hipoteca: con perjuicio de tercero sólo asegurará los de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente; pero admite que las partes pacten que asegure intereses por más anualidades hasta un límite de cinco<sup>16</sup>. El artículo 220 del RH prevé la posibilidad de que el pacto limite la garantía

<sup>12</sup> Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Colegio de los Registradores de España, Centro de Estudios Hipotecarios, t. I, Madrid, 1974, p. 275, tercer párrafo, por la mitad.

<sup>13</sup> Artículo 114, primer párrafo: *Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.*

<sup>14</sup> Artículo 146: *El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital...*

<sup>15</sup> Los términos prescritos en la presente ley son los del artículo 114.

<sup>16</sup> El artículo 114 de la Ley de 1861 no contemplaba la posibilidad de que las partes pactasen la ampliación del número de anualidades. Ésta fue introducida por la reforma de 1944. En el resto la actual redacción del artículo 114 es igual a la originaria de 1861.

fijando una cantidad global de responsabilidad, en lugar de un número de anualidades, y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 114, párrafo segundo, tal cantidad global no podrá exceder a lo correspondiente a cinco anualidades<sup>17</sup>. Cuando las partes pactan la responsabilidad de intereses empleando la fórmula por el plazo máximo legal se entiende que son los 5 años del párrafo segundo del artículo 114 y no los tres que se obtendrían de aplicar el párrafo primero<sup>18</sup>. Una norma limitativa de los intereses remuneratorios garantizados por la hipoteca ya aparece en el *Code Napoléon* –posteriormente modificada– y también en los Códigos civiles italianos de 1865 y 1942<sup>19</sup>.

La ley española se expresa en términos de intereses garantizados por la hipoteca, mientras que los Códigos francés e italiano lo hacen en términos de intereses con el mismo rango o preferencia que el capital garan-

<sup>17</sup> Como dice la RDGRN de 23 de febrero de 1996 (Aranzadi Civil 1032, Fundamento de Derecho Quinto) el máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses puede determinarse fijando un número de años máximo de intereses –el sistema del 114 LH– o fijando simplemente un cantidad máxima –sistema al que alude el artículo 220 del RH– y en este último caso no es necesario que se especifique el plazo al que corresponde dicha cantidad. Doctrina repetida frecuentemente en resoluciones sucesivas de 8, 11 y 12 y 13 de marzo (Aranzadi 1852, 1853, 1854 y 1929 a 1933); 1 y 2 de abril (Aranzadi 2859 y 2860); 10 de mayo (Aranzadi 3948); 4 y 27 de junio (Aranzadi 4911 y 4915); 23 de octubre (Aranzadi 7359); 14 de noviembre (Aranzadi 7932), todas ellas de 1996 y 12 de febrero de 1997 (Aranzadi 856).

<sup>18</sup> Así lo entiende el Auto de 14 de diciembre de 1995 de la Audiencia Provincial de Girona, Fundamento de Derecho Tercero (Aranzadi Civil, 75)

<sup>19</sup> Artículo 2151 del *Code*, redacción originaria: *Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérages, a droit d'être colloqué pour deux années seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription.*

Artículo 2151 del *Code* vigente (según redacción dada por Ley de 17 de junio de 1893 modificada posteriormente sólo para suprimir las palabras *ou transcript* después de la palabra *inscrit*): *Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit, ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêt et arrérages, a le droit d'être colloqué pour trois années seulement, au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par l'inscription primitive.*

Artículo 2010 del Código civil italiano de 1865, párrafos 2 y 3: *L'iscrizione di un capitale che produce interessi, se la misura di questi vi é enunciata, serve inoltre per far collocare allo stesso grado gli interessi dovuti per le due annate anteriori e quella in corso al giorno della trascrizione del precetto fatta a norma dell'articolo 2085, oltre agli interessi successivi, senza pregiudizio delle iscrizioni particolari prese per maggiori arretrati dovuti, le quali hanno effetto dal giorno della loro data./ Le parti possono anche, con patto espresso, estendere l'ipoteca del credito e gli effetti della medesima a spese giudiziali maggiori delle sopra accennate, purché ne sia presa la corrispondente iscrizione.*

Artículo 1855 del Código civil italiano de 1942, párrafos 2 y 3: *Qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione. La collocazione degli interessi é limitata alle due annate anteriori e a quella in corso al giorno del pignoramento, ancorché sia stata pattuita l'estensione a un maggior numero di annualità; le iscrizioni particolari prese per altri arretrati hanno effetto dalla loro data./ L'iscrizione del capitale fa pure collocare nello stesso grado gli interessi maturati dopo il compimento dell'annata in corso alla data del pignoramento, però soltanto nella misura legale e fino alla data della vendita.*

tizado. En un principio, a pesar de la diferente terminología, todos están diciendo lo mismo: en efecto, que un crédito esté garantizado por la hipoteca significa que goza de preferencia para cobrarse sobre el precio obtenido con la ejecución del bien hipotecado.

El acreedor hipotecario, si hay terceros, sólo podrá cobrarse con el precio del remate los intereses garantizados que excedan del límite legal si la finca no ha pasado a un tercer poseedor y se ha pagado a los titulares de cargas posteriores, si existen.

b) *El artículo 114 garantiza frente a terceros los intereses devengados y no pagados durante las fechas del período temporal individualizado según los criterios que establece, y no una cuantía teórica de intereses resultante de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante el número de meses comprendidos en las dos últimas anualidades y la parte vencida de la corriente, prescindiendo de las fechas de devengo de los intereses impagados.*—En efecto, según su tenor literal, la hipoteca garantiza los intereses efectivamente impagados devengados entre las fechas concretas que limitan la anualidad corriente y las dos anteriores y no una cuantía de intereses equivalente a la devengada durante un período de tiempo de igual duración al formado por la anualidad corriente y dos más, cualquiera que sea la fecha de devengo de los intereses impagados. Está claro que el legislador, al referirse a *los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente*, ha querido limitar los intereses cubiertos por la hipoteca frente a terceros por referencia a su fecha de devengo y no simplemente señalar la cuantía de intereses garantizados por referencia a un número de anualidades. Tan sólo cuando se pacta, en virtud del artículo 220 RH una cantidad global de intereses garantizados frente a terceros, podría entenderse que los intereses que quepan dentro de esta cuantía quedan cubiertos por la hipoteca sea cual fuera la fecha de devengo<sup>20</sup>. Mas pienso que no es éste el espíritu de la norma. Está claro que el artícu-

---

<sup>20</sup> No lo entiende así, aunque pueda parecerlo, la RDGRN de 26 de febrero de 1996 (Aranzadi 1032) cuando expone que si la responsabilidad de intereses frente a terceros se determina fijando simplemente una cantidad máxima —sistema al que alude el artículo 220 del RH— no es necesario que se especifique el plazo al que corresponde dicha cantidad. Doctrina repetida frecuentemente en resoluciones sucesivas de 8, 11 y 12 y 13 de marzo (Aranzadi 1852, 1853, 1854 y 1929 a 1933); 1 y 2 de abril (Aranzadi 2859 y 2860); 10 de mayo (Aranzadi 3948); 4 y 27 de junio (Aranzadi 4911 y 4915); 23 de octubre (Aranzadi 7359); 14 de noviembre (Aranzadi 7932), todas ellas de 1996 y 12 de febrero de 1997 (Aranzadi 856). La resolución de 26 de febrero de 1996 rechaza la negativa del Registrador de inscribir la cláusula de extensión de la hipoteca a *los intereses remuneratorios devengados al tipo pactado... por un máximo en perjuicio de tercero de conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria de 436.500 pesetas*, porque no coincidía esta cifra con el importe de tres años de intereses. LA DGRN tiene razón, porque las partes pactaron el límite de responsabilidad en atención a una cuantía determinada y la referencia al artículo 114 no es al plazo de tres años que, en ausencia de pacto, es el máximo legal de intereses garantizados, sino a que el pacto de garantía de intereses remuneratorios en perjuicio de terceros por un máximo de 436.500 pesetas es conforme al artículo 114 LH. Y dentro de este contexto hay que entender la afirmación de que no es necesario, cuando se pacta una cuantía de intereses garantizados frente a terceros, que se especifique el plazo de dicha cantidad.

lo 114 de la LH sólo garantiza frente a terceros los intereses devengados en un período de tiempo determinado (la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anteriores) y que permite ampliar dicho período a un máximo de cinco años, pero igualmente serán cinco años determinados por dos fechas concretas. No está claro que el artículo 220 RH autorice a prescindir de las fechas de devengo de los intereses impagados para que éstos queden cubiertos por la hipoteca frente a terceros. Como explica De la Rica, la finalidad del artículo 220 LH es evitar que, mediante el expediente de pactar una cuantía de intereses remuneratorios cubiertos por la hipoteca en perjuicio de terceros, se vulnere el límite máximo de garantía frente a terceros que permite pactar el segundo párrafo del artículo 114 LH <sup>21</sup>. Es decir, no hay inconveniente en que, por ejemplo, para facilitar la consulta del máximo de intereses garantizados frente a terceros se pacte una cuantía en vez de un número de anualidades (en este caso habría que multiplicar el tipo de interés por el capital por el número de anualidades). Pero no es sino una forma distinta de expresar los mismos intereses garantizados frente a terceros. Esa cuantía, haciendo las operaciones aritméticas inversas, nos dará un período de tiempo determinado y los intereses cubiertos por la hipoteca en perjuicio de terceros serán los devengados durante él. El artículo 114 de la LH no sólo ha querido que los intereses cubiertos por la hipoteca no excedan de una cuantía determinada, sino, además, que se devenguen dentro de un período de tiempo determinado anterior a su reclamación. Más adelante trataremos de las consecuencias, en la práctica, de esta interpretación del artículo 114.

c) *Según la Ley Hipotecaria este límite sólo juega en beneficio de terceros.*—Entre las partes la hipoteca garantiza todos los intereses: el artículo 114 establece la limitación en beneficio del tercero, luego, *a sensu contrario*, cuando no hay tercero, no hay limitación. Y esta interpretación, que parece obligada por la redacción de la norma, es la que ha dado la doctrina desde la más antigua —Galindo y Escosura <sup>22</sup>,

<sup>21</sup> El texto legal refundido de 1946, dejando sin efecto la doctrina de las RRDGRN de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, que permitían a los interesados pactar la responsabilidad por intereses por todo el tiempo de duración del contrato, introdujo el segundo párrafo del artículo 114, según el cual en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegurase intereses por un plazo superior a cinco años. *Pero la Ley necesitaba un complemento, porque si bien su pauta era clara para el caso de pactarse la responsabilidad supletoria con referencia al número de anualidades, sin determinarse una cantidad global por tal razón, resultaba incompleta cuando el pacto fuese de esta última índole. Por ello el artículo 220 del Reglamento Hipotecario dispone... La norma es solamente una corroboración explícita de la legal* («Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario», en *Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal*, Colegio de Registradores, t. I, Madrid, 1976, p. 381).

<sup>22</sup> GALINDO y VERA y ESCOSURA y ESCOSURA, Rafael de la (*Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, t. III, Madrid, 1903, pp. 235 al final y 236): *El artículo 114 ha introducido una profunda variación en el Derecho antiguo. La constitución de hipoteca como accesoria al contrato de mutuo, garantizaba, no sólo el capital, sino también todos los intereses que por acto añadido constasen en aquél, y que no estuviesen satisfechos al realizar el crédito. Esta legislación subsiste entre el deudor y primer acreedor, cuando no hay un tercero cuyos intereses puedan perjudicarse. Pero cuando se*

Morell<sup>23</sup>-, pasando por Roca Sastre<sup>24</sup>, hasta la actual -Díez Pícazo<sup>25</sup>-. La misma Exposición de Motivos de la Ley de 1861 expresaba que en ausencia de terceros *conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses*<sup>26</sup> ... También el Tribunal Supremo, en sentencias de 17 de octubre de 1932<sup>27</sup> y 18 de marzo de 1946<sup>28</sup>, se ha pronunciado de manera clara en el mismo sentido; lo mismo varias resoluciones de las Audiencias<sup>29</sup>

*trata de un segundo acreedor hipotecario, el artículo 114 establece que la hipoteca sólo asegura...*

<sup>23</sup> *Mientras la finca hipotecada continúe en poder del deudor y no existan terceros interesados, el acreedor puede exigir todos los créditos atrasados y cobrarse de ellos con el valor de lo que se le hipotecó (Comentarios..., t. III, Madrid, 1928, p. 738).*

<sup>24</sup> ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Confirma esta norma el mismo artículo 114 de la ley, el cual sólo establece el tope máximo de intereses asegurados hipotecariamente en cuanto se trate de evitar perjuicios a tercera persona. El artículo 146 de la ley admite la ejecución hipotecaria para el cobro de todos los intereses vencidos y sólo ante un tercero interesado detiene dicha ejecución por los que excedan del máximo legal (Derecho Hipotecario, t. IV, 1.º, Barcelona, 1979, p. 596).*

<sup>25</sup> *La regla, de ser una limitación absoluta, pasa a ser sólo una regla a favor de tercero. Cuando no hay tercero conserva toda su fuerza el principio de que la hipoteca es extensiva a la seguridad de todos los intereses («La hipoteca y los intereses de la obligación», La Ley, 1992-4, p. 945).*

<sup>26</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Hipotecarios, t. I, Madrid, 1974, p. 276, tercer párrafo, al final.*

<sup>27</sup> Aranzadi 1232. *Es indispensable para la recta aplicación de este precepto legal -artículo 114- tener en consideración que tal limitación está consagrada en beneficio de los que sean terceros... pero ni éste ni el 115 pueden invocarse... ya que la finca no ha salido del poder del deudor que constituyó la hipoteca... ni consta que haya constituido sobre ella otros gravámenes (Considerando Tercero). El ejecutante era cónyuge del acreedor hipotecario de quien había heredado la finca y alegó, entre otras cosas, que con el precio obtenido en la subasta no se habían de pagar todos los intereses que debía.*

<sup>28</sup> Aranzadi 990 *...el sistema a que obedece la Ley Hipotecaria en sus artículos 114 y 147...es del de que...responden...de todos los intereses vencidos, con la legal limitación...requerida por la seguridad del derecho de los terceros, de donde ha de seguirse que el percibo de los intereses carece de este límite si su devengo y percepción no implican merma ni perjuicio del derecho de los posteriores adquirentes de la finca hipotecada... El supuesto de hecho contemplado por esta sentencia es realmente curioso. Salieron a subasta varias fincas y fueron adjudicadas a siete postores. Ninguno de ellos completó el precio, por lo que se destinaron las 165.000 pesetas de depósitos a pagar al acreedor el principal e intereses (188.976, 25 pesetas). El tercer poseedor alegó que en virtud de la aplicación del artículo 114 la suma total a pagar al acreedor ascendía a 188.976,25 pesetas sino a 140.296,31. El Tribunal Supremo entendió no aplicable el artículo 114 en este supuesto, aún habiendo tercer poseedor, pues a este no le perjudicaba que se pagase con los depósitos intereses más allá del límite del artículo 114 ya que el sobrante se devuelve a los depositarios. Es decir, lo que el artículo 114 impide es cobrarse con el precio del remate intereses por encima del límite allí establecido, pero no cobrárselos con el precio de los depósitos.*

<sup>29</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 3 de marzo de 1997 (Aranzadi Civil 605): *si después de constituida la hipoteca no hay terceros... la garantía hipotecaria se extiende a todos los intereses impagados no prescritos, tal como lo confirma el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que únicamente establece el tope de intereses asegurados hipotecariamente cuando haya ese perjuicio de tercero (Fundamento de Derecho Segundo); sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 1994 (RGD 1994, p. 7106):... cuando no hay tercero no existe límite alguno a la responsabilidad hipotecaria de la finca... (Fundamento de Derecho Tercero, hacia la mitad); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 1993 (RGD 1993, p. 5156, Razonamiento Jurídico*



y la RDGRN de 26 de febrero de 1996<sup>30</sup>. No se acostumbra a citar Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que sostengan esta tesis y las referidas por Muro<sup>31</sup> al tratar esta cuestión –14 de febrero y 15 de marzo de 1935<sup>32</sup>– la sostienen de una manera confusa; es más, según se interpreten, parecen contrarias.

co Tercero, al principio): ... *cuando... no existan terceros... la garantía hipotecaria se extiende a todos los intereses impagados no prescritos...*; Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 1992 (RGD 1992, p. 12055, Fundamento de Derecho Tercero, mitad): ... *cuando no hay tercero no existe límite alguno a la responsabilidad hipotecaria...*; Auto de la Audiencia Territorial de Granada de 10 de junio de 1987 (RGD 1988, p. 7501): *ni el indicado artículo 114, ni el que le sigue pueden invocarse cuando la finca no ha salido del deudor que constituyó la hipoteca, ni consta la realidad de otros gravámenes* (Fundamento de Derecho Segundo), es decir, cuando no hay tercero.

<sup>30</sup> Aranzadi 1032, Fundamento de Derecho Sexto, al final: *la limitación por anualidades, recogida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria sólo opera cuando existe perjuicio de terceros*. Doctrina repetida frecuentemente en resoluciones sucesivas de 8, 11 y 12 y 13 de marzo (Aranzadi 1852, 1853, 1854 y 1929 a 1933); 1 y 2 de abril (Aranzadi 2859 y 2860); 10 de mayo (Aranzadi 3948); 4 y 27 de junio (Aranzadi 4911 y 4915); 23 de octubre (Aranzadi 7359); 14 de noviembre (Aranzadi 7932), todas ellas de 1996 y otras varias de 1997: 14 de enero y 12 de febrero; 17, 18, 19, 20 y 24 de marzo; 16, 22 y 29 de abril; 5 de mayo (Aranzadi 280, 856, 2042, 2043, 2044, 2045, 2047, 3591, 3594, 3598 y 3851, respectivamente).

<sup>31</sup> MURO VILLALÓN, Jesús: *Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora en Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991, p.138. No dice que estas resoluciones sostengan que la hipoteca garantiza *inter partes* todos los intereses, que no lo sostiene, sino que *inter partes* puede pactarse ilimitadamente la extensión de la hipoteca a la garantía de los intereses, lo cual es distinto, como se verá en la nota siguiente. Por cierto, por error en la transcripción en la obra citada la resolución de 15 de marzo aparece como de 15 de mayo.

<sup>32</sup> Ambas resoluciones (*Anuario del Colegio de Registradores*, 1935, pp. 153 y 162, respectivamente) contienen la misma doctrina (según el último Considerando de la segunda de ellas), *siendo los antecedentes fundamentales del mismo, la calificación del Registrador, la discusión y razonamientos con que ha sido planteado y el Auto dictado por el Presidente de la Audiencia, iguales en esencia, a los que ha dado lugar a la resolución de 14 de febrero último, procede ratificar la doctrina contenida en la misma...* Pero el problema que se discutía no era si la hipoteca *inter partes* cubría todos los intereses o no, sino si era inscribible una cláusula en que se establecía una cifra conjunta de responsabilidad hipotecaria por intereses, costas y gastos. La resolución de 28 de febrero considera que al no poder determinarse el máximo de cantidad por costas y el máximo de cantidad por intereses queda vulnerado el derecho que tienen los terceros a saber sin ambigüedades la cantidad de la que responde la finca. Y a modo de *obiter dicta*, en el Considerando penúltimo, afirma que es indiscutible el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato. Lo que extraña en la anterior afirmación es la alusión a un pacto de garantía de intereses. Sólo tendría sentido si se entendiera que la garantía de intereses remuneratorios exige pacto expreso de extensión de hipoteca o se entendiera que el pacto fuera necesario para garantizar los intereses remuneratorios entre las partes más allá de los límites del 114, lo cual vendría a admitir que los límites del artículo 114 se aplican también entre partes mas mediante pacto pueden eliminarse (¿se podrían eliminar también mediante pacto los límites en beneficio de tercero?: la ley sólo prevé pacto de ampliación de la responsabilidad por intereses a un máximo de cinco años a partir de 1944, y de la misma forma que ahora el pacto por un período superior a cinco años es ineficaz, antes lo sería el pacto por cualquier período superior al fijado por el art. 114). Las escrituras que motivaron los recursos fueron otorgadas ante el mismo Notario, el cual había introducido en los supuestos contemplado por las resoluciones sendas cláusulas según las cuales *en garantía del capital prestado y por 3.000 pesetas más para asegurar los intereses no garantizados por la Ley y las costas y gastos, en su caso...* (resolución de 14 de febrero) y *en garantía del capital del préstamo y por 2.000 pesetas más para asegurar los intereses y las costas y los gastos...* (resolución de 15 de marzo).

A pesar de una norma tan clara como la del 114, precedida por una Exposición de Motivos que no deja lugar a ninguna duda, encontramos que ciertos Registradores aplican el límite de garantía por intereses remuneratorios del 114 *inter partes* y, por tanto, se negarían a inscribir cláusulas en las que se garantizasen intereses de seis años<sup>33</sup>. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985<sup>34</sup> también vierte algunas afirmaciones en este sentido<sup>35</sup>, mas de valor muy relativo, pues en el caso concreto la razón por la que rechaza la reclamación de intereses más allá de los cinco años anteriores a la interposición de la demanda era porque habían prescrito, según el plazo establecido por el 1966.3.º, y no porque el límite de los cinco años se aplicase también *inter partes*<sup>36</sup>. A favor de la aplicación del 114 también *inter partes* la anterior sentencia alega el artículo 220 del RH, que leído aisladamente, parece establecer un límite tanto respecto a terceros como entre partes. Pero, como dice Muro<sup>37</sup>, debe ser leído en conexión con el artículo 114. El artículo 114, en su primer párrafo, establece el límite en beneficio de tercero de tres años de intereses, salvo pacto en contrario. Y el párrafo segundo especifica que el pacto no puede conceder garantía por intereses de más de cinco años. Entonces, el artículo 220 del RH prevé la posibilidad de que el pacto limite la garantía fijando una cantidad global de responsabilidad, en lugar de un número de anualidades, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 114, párrafo segundo, tal cantidad global no podrá exceder a lo correspondiente a cinco anualidades. Pero se trata, al igual que el pacto del segundo párrafo del artículo 114, de un pacto limitativo de los intereses garantizados en beneficio de terceros. Me parece que no hay fundamento legal suficiente para que algunos Registradores sigan la práctica referida al principio del párrafo. Incluso Registradores como Muro Villa-

<sup>33</sup> MURO VILLALÓN, Jesús: *Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora en Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991, p. 137, al final, se refiere a esta postura sin citar quién la alega.

<sup>34</sup> Aranzadi 1153.

<sup>35</sup> Al final del Considerando segundo, al referirse al artículo 220 del Reglamento Hipotecario, dice que en todo caso impone un límite máximo de cinco anualidades para el supuesto de pactarse una cantidad alzada respecto a los intereses, exista o no tercero. Y en el Considerando tercero establece que del texto del artículo 146 LH no puede inferirse que si no hay tercero interesado en los bienes hipotecados la repetición contra ellos pueda exceder del plazo máximo de cinco años y un poco más adelante que en otro caso puedan alcanzar el límite de tiempo que conviene al capital, sino que la posibilidad de reclamación habrá que entenderla extensiva a los cinco años.

<sup>36</sup> Como dice al final del primer Considerando la cuestión se centra en resolver si la cifra por intereses ha de limitarse a los correspondientes a los cinco años anteriores a la interposición de la demanda... atendida la regla tercera del artículo mil novecientos sesenta y seis de dicho Código... Cuestión que el Tribunal Supremo resuelve afirmativamente en el Considerando segundo: en modo alguno cabe sostener con fundamento que si los intereses están cubiertos con la hipoteca la prescripción quinquenal dispuesta en el artículo mil novecientos sesenta y seis es inaplicable, y por consiguiente el conjunto de lo adeudado habrá de regularse por aquel plazo único de los veinte años; pues... diversas normas hipotecarias están demostrando que el legislador distingue entre capital e intereses del crédito garantizado...

<sup>37</sup> *Hipoteca en garantía del interés...*, p. 139.

lón<sup>38</sup> y García García<sup>39</sup> admiten una doble cuantía de intereses garantizados por la hipoteca, según sea *inter partes* o frente a terceros.

García García<sup>40</sup>, al comentar la anterior sentencia de 12 de marzo de 1985, observa que el tope de los cinco años de los artículos 114 y 115 no encuentra un adecuado fundamento en la prescripción quinquenal, porque cabe la interrupción de la prescripción. Mas plantea que quizás no nos queda más remedio que admitir el límite de cinco años, también entre las partes, cuando se pretende la ejecución mediante el procedimiento del artículo 131 LH, ya que *al no poder discutirse en el procedimiento judicial sumario problemas sobre interrupción de la prescripción, parece lo más adecuado el no poder alegar la interrupción el acreedor, ya que el deudor no puede contradecirla*; para reclamar intereses por más de cinco años habrá de acudir a un ejecutivo o a un declarativo ordinario. En mi opinión, no encuentro obstáculo para probar la interrupción de la prescripción en el procedimiento del artículo 131, pues aunque éste no prevea la discusión de esta cuestión, no hay obstáculo en aclarar todos aquellos puntos necesarios para la prosecución del procedimiento que puedan fijarse de manera sencilla y éste es uno de ellos. Es decir, si el acreedor presentase documentos en que consta la reclamación de los intereses al deudor, interruptiva de la prescripción, no veo inconveniente en que el Juez hipotecario la aprecie.

d) *A pesar de que la ley no limita los intereses cubiertos por la hipoteca entre partes, es frecuente que las escrituras de préstamos hipotecarios concedidos por entidades financieras los limiten convencionalmente, quizás, por razones fiscales.*—La mayoría de las escrituras de préstamos hipotecarios —no todas<sup>41</sup>— limitan el interés garantizado, por ejemplo, a tres años o al plazo legal —en este caso, como dice el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de diciembre de 1995<sup>42</sup>, el plazo legal ha de entenderse que son los cinco años del segundo párrafo del 114 y no los dos años vencidos y la anualidad corriente del primer párrafo—. Esta limitación del interés tiene ventajas fiscales. El préstamo hipotecario concedido por un particular representa un hecho imponible doble —en cuanto préstamo y en cuanto constitución de derecho real— del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (art. 7.1.B del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), pero que, en

<sup>38</sup> *Hipoteca en garantía del interés...*, p. 138.

<sup>39</sup> *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, p. 151.

<sup>40</sup> *El procedimiento...*, pp. 152 y 153.

<sup>41</sup> Transcribo literalmente la cláusula de un préstamo hipotecario que aclara que no hay límite de intereses garantizados entre partes: *Las cifras máximas de responsabilidad hipotecaria por intereses no limitarán conforme a los aludidos preceptos, la posibilidad de reclamar contra la PARTE PRESTATARIA, o contra quien se haya subrogado contractualmente en la deuda hipotecaria, los intereses devengados conforme a la Estipulación Segunda, o, en su caso, conforme a la Estipulación Cuarta, sin perjuicio de los límites resultantes de la aplicación de los citados preceptos de la Ley Hipotecaria en el supuesto de ejercicio de la acción hipotecaria contra tercero o en su perjuicio.*

<sup>42</sup> Aranzadi Civil 75 (Fundamento de Derecho Tercero).

virtud del artículo 15<sup>43</sup>, tributa por un solo concepto. El tipo aplicable es del 1 por 100 [art. 11.1.c)]. Y si tributa por ITP no tributa por el 0,5 por 100 de Actos Jurídicos Documentados (art. 31.2 Ley del ITP y AJD<sup>44</sup>). Mas si el prestamista es un empresario, el hecho está sujeto al IVA en lugar de al ITP<sup>45</sup>, pero está exento (art. 20.1.18. Ley del IVA). Sin embargo, tributa por el 0,5 por 100 de Actos Jurídicos Documentados por contener un acto inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 31.2 Ley del ITP y AJD) y no se aplica la exención del artículo 45.1.B) 15 de la Ley del ITP y AJD<sup>46</sup>. Y el 0,5 por 100 se aplica no sólo sobre el capital, sino también sobre los intereses garantizados por la hipoteca<sup>47</sup> y costas y gastos. Por tanto, la cuota tributaria será menor si los intereses garantizados son menores. Y el ahorro de impuestos justifica limitar los intereses garantizados<sup>48</sup>, confiando en que la celeridad de la reclamación de la entidad financiera permitirá que todos los intereses

---

<sup>43</sup> Artículo 15.1 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados: *La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.*

<sup>44</sup> Según esta norma las escrituras que contengan actos comprendidos en los apartados 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley (transmisiones patrimoniales onerosas y operaciones societarias) no tributarán por el 0,5 por 100.

<sup>45</sup> Artículo 7.5 de la LITP.

<sup>46</sup> Según el número 15, están exentos los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten. La cuestión es discutida, pero la Administración tributaria sólo considera exentos los préstamos sin garantía o con garantía personal o prendaria, pero no los préstamos garantizados con hipoteca.

<sup>47</sup> Artículo 10.2 c) de la Ley del ITP y AJD: *Las hipotecas, prendas y anticresis se valorarán en el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otro concepto análogo; si no constare expresamente el importe de la cantidad garantizada, se tomará por base el capital y tres años de intereses.* Esta norma se refiere a la determinación de la base imponible del ITP, pero igualmente es aplicable al IAJD. En contra, la Audiencia Nacional, en sentencia de 29 de noviembre de 1994, entendió que la base imponible sólo debía estar conformada por el capital garantizado, porque entendió que no se podía aplicar una norma de fijación de la base imponible incluida en otro título de la ley y prevista para otro impuesto. Sin embargo, el fallo de la Audiencia es discutible porque, aun prescindiendo de la aplicación del artículo 10.2 c), y aplicando la norma que regula la base imponible del IAJD (art. 30.1), se llega a la conclusión de que los intereses –también costas y gastos– garantizados por la hipoteca conforman la base imponible. En efecto, según el artículo 30.1, servirá de base el valor declarado y está claro que el valor declarado de la hipoteca es la cuantía de todas las obligaciones, principales y accesorias, que garantiza. Si la razón de la tributación del préstamo hipotecario es la hipoteca y no el préstamo, que está exento, lo lógico es que la base imponible venga determinada por la cantidad que garantiza la hipoteca. Con posterioridad a la sentencia de la Audiencia Nacional de 1994, dos contestaciones de la Dirección General de Tributos, en fecha de 8 y 27 de mayo de 1996, han recordado el criterio de siempre, que se sigue aplicando, de que el valor de la base imponible ha de comprender no sólo el capital, sino las obligaciones accesorias también garantizadas por la hipoteca.

<sup>48</sup> Por ejemplo si un préstamo hipotecario de 20 millones de pesetas a devolver toda la cantidad en diez años y a un interés del 15 por 100 limita a 3 años los intereses garantizados, el ahorro del IAJD supone 105.000 pesetas (si se garantizan todos los intereses la cantidad a ingresar por intereses sería el 0,5 por 100 de 3 m de intereses anuales por 10 años es decir 150.000 pesetas; si se garantizan sólo tres años sería el 0,5 por 100 de 3 m por 3 años, es decir, 45.000 pesetas).

debidos se puedan cobrar en la ejecución hipotecaria, si el precio del remate lo permite<sup>49</sup>.

En el caso de que un pacto limite, también entre partes, los intereses garantizados por la hipoteca, surge la duda de si con el precio del remate sólo se podrán pagar las anualidades pactadas en la escritura de hipoteca aunque no haya terceros, ya que la garantía hipotecaria sólo cubre éstas<sup>50</sup> o, por el contrario, razones de economía procesal aconsejan pagar todos los intereses aunque excedan de los garantizados<sup>51</sup>. Este problema se plantea cuando la hipoteca se ejecuta a través del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, muy beneficioso para el acreedor, ya que la razón de tal beneficio está en la cobertura hipotecaria de las sumas reclamadas.

### 3. JUSTIFICACIÓN DEL LÍMITE DEL ARTÍCULO 114

a) *La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 justifica inicialmente el límite en términos de protección del tercer adquirente y los Códigos francés e italiano en términos de exigencia de los principios de especialidad y publicidad.*—¿Por qué se ha establecido esta limitación en beneficio del tercero? La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria lo justificaba así: después de establecer la extensión de la hipoteca a la garantía de los intereses precisaba que *no debe servir esto* (la extensión de la hipoteca a la garantía de todos los intereses) *de motivo para que el tercero*

<sup>49</sup> El ahorro de impuestos es para el prestatario, sujeto pasivo. El artículo 29 del actual texto refundido de 1993 recoge la norma de la legislación anterior según la cual el sujeto pasivo del IAJD es el adquirente del bien o derecho. Según esta norma, parece que el sujeto pasivo había de ser el acreedor hipotecario que es quien adquiere el derecho real de hipoteca. Mas se interpretó que la hipoteca es accesoria a un préstamo del cual se beneficia el prestatario y por tanto éste debe ser el sujeto pasivo del IAJD que grava la constitución de la hipoteca. El artículo 68, párrafo segundo, del Reglamento del impuesto ha consagrado tal interpretación al establecer que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.

<sup>50</sup> En este sentido se pronuncia la RDGRN de 27 de julio de 1988 [*Anuario de la Dirección General de los Registros y Notariado*, 1988, F. 2.º, a)], p. 251: Que dada la naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate; el resto deberá obtenerlo el acreedor por vía oportuna, pero, en ningún caso, con cargo al sobrante del precio de remate por más que el mismo, a falta de otros interesados, correspondiere al deudor (art. 131, reglas 5.ª, 15.ª, 16.ª y 17.ª de la Ley Hipotecaria).

<sup>51</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de junio de 1991 (RGD, 1991, p. 8313) llega a decir que de no haber otros acreedores con derecho al sobrante, éste se destinará al pago de responsabilidades hipotecarias excedentes a las pactadas sin necesidad de ser reclamadas en un procedimiento distinto (Razonamiento Jurídico Cuarto). Madrid, de 22 de febrero de 1993 (RGD 1993, p. 5156), en un supuesto en que se había pactado una reponsabilidad por intereses remuneratorios hasta una cantidad máxima de cinco anualidades que *se fija únicamente a estos efectos* (Fundamento de Derecho Cuarto, línea 11) revocó el Auto del Juez hipotecario que sólo había concedido la cifra de intereses correspondientes a los cinco años y entendió que no podía haber limitación de intereses en cuanto al tiempo (Fundamento de Derecho Cuarto, segunda mitad). Si el límite de los cinco años se hubiera pactado sólo frente a terceros no se habrían pagado cantidades no cubiertas por la hipoteca.

*adquirente de la propiedad gravada, que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión e incuria del acreedor, o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor*<sup>52</sup>. De aquí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *iuris et de iure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses en el hecho de no reclamarlos o de no haber exigido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados, con objeto de asegurar lo devengado antes. Los primeros comentaristas del Código francés justificaban la introducción en el *Code* de la norma limitativa de los intereses garantizados por la hipoteca expresándose en términos algo diferentes. Decían que esta norma encuentra su fundamento en el principio de especialidad y publicidad de la hipoteca: es necesario que los terceros sepan la cuantía de la responsabilidad hipotecaria sin que ésta pueda encontrarse indefinidamente acrecentada por los intereses atrasados. Y también, con frecuencia, se alegaba que así se evitaban confabulaciones entre el acreedor y deudor para simular como aún debidos intereses ya pagados, en perjuicio de otros acreedores del deudor<sup>53</sup>. Y la doc-

<sup>52</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, Colegio de Registradores de España, Centro de Estudios Hipotecarios, t. I, Madrid, 1974, p. 275, tercer párrafo, última parte. Según la Exposición de Motivos, *dos medios se podían adoptar al efecto: el más general que la limita a número determinado de anualidades, y la que fija un máximo, como el 10 o el 20 por 100 proporcional al capital garantizado*. MONTERO LEÓN (*La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantido*, RCDI 1963, p. 618) explica que el sistema de anualidades es más justo: *Así en el sistema de un tanto por ciento del capital (el 10 por ejemplo), en una hipoteca de 10.000 pesetas de capital que devengue el 4 por 100 de interés anual, la garantía de intereses sería la misma que si devengase el 8 por 100, es decir, 1.000 pesetas, que es el 10 por 100 de 10.000. En cambio, con el sistema de anualidades (tres anualidades, por ejemplo), en la hipoteca del 4 por 100 se garantizarían intereses hasta 1.200 pesetas y en la del 8 por 100 hasta 2.400 pesetas*.

<sup>53</sup> Ya en 1829, GRENIER (*Traité des Hypothèques*, t. I, Clermont-Ferrand, 1829, núm. 98, p. 198), en referencia al artículo del *Code*, comentaba que, *en relación a los intereses que deben devengarse después de la inscripción y que, antiguamente seguían la suerte del capital hasta el pago, cualquiera que fuera el número de años que se hubiera acumulado, la publicidad de la hipoteca ha aportado un gran cambio...* TROPLONG (*Droit Civil Expliqué. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1854, núm. 697, pp. 134 y 135) se expresa en el mismo sentido: *El motivo de la ley... ha sido conformarse al sistema de publicidad... Si se hubiera permitido a un acreedor hacerse clasificar por todos los intereses con el mismo rango que el capital, habría habido una gran incertidumbre sobre el aumento del capital por la aglomeración de los intereses y los terceros habrían ignorado la cuantía exacta de los créditos inscritos. Además, un deudor podría haberse confabulado con su acreedor para simular intereses no pagados*. MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon. Privilèges et Hypothèques*, 2.ª parte, París, 1856, núm. 1013, p. 950), después de exponer que en el régimen anterior la hipoteca garantizaba todos los intereses, precisa que *lo que era posible... bajo un régimen que se ajustaba a la clandestinidad de la hipoteca, se hacía inconciliable con un sistema que tiene su base esencial en el principio de la publicidad. Cuando en la inscripción hipotecaria debe figurar exactamente la cuantía de la suma debida, ¿cómo admitir sin falsear el principio y también sin exponer a los terceros a fraudes que no se podrían desenmascarar, que el capital inscrito va a crecer indefinidamente con la suma indeterminada y no mencionada en la inscripción, a la que los intereses podrán*

trina italiana antigua<sup>54</sup> –también la reciente<sup>55</sup>– repetía los mismos argumentos.

b) *Sin embargo, analizando a fondo la justificación de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, coincide con las justificaciones aducidas por la doctrina francesa e italiana.*—Si planteo esta cuestión es porque la primera parte de la justificación de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, tal como se formula, puede inducir a pensar que se trata de proteger la buena fe del tercer adquirente en el sentido de excluir de la garantía hipotecaria los intereses atrasados, por pensar éste de buena fe, en el momento de adquirir la finca, que estaban pagados, de tal forma que si conociera que no lo estaban, la finca adquirida respondería. Mas no se trata de una protección de la buena fe del tercero, sino del tercero, aun de mala fe –en el sentido de conocer el impago de los intereses–, en aras de la seguridad del tráfico jurídico. La ley ha querido limitar los intereses de los que responde la hipoteca, para facilitar a los terceros conocer la cuantía de la responsabilidad hipotecaria mediante la consulta de la inscripción de la hipoteca, sin necesidad de hacer averiguaciones acerca de si los intereses estaban o no cobrados. La ley ha pensado que ello facilita el tráfico jurídico. La limitación de los intereses al período legal es, pues, objetiva. Viene impuesta por la ley, por las razones expuestas, sin atención a ninguna otra circunstancia como la buena fe del tercero en el sentido expuesto más arriba. Y esto lo entiende así la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, cuando en la segunda parte del párrafo transcrito más arriba, habla de una presunción *iuris et de iure* de que el acreedor ha renunciado a los intereses no comprendidos en el período de tiempo legal. En síntesis, aunque la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 no alude al principio de publicidad ni especialidad, sino a la protección del tercero, está dando la misma justificación que se da en Derecho francés e italiano, pues se refiere a la protección del tercero que conlleva necesariamente el principio de publicidad y especialidad<sup>56</sup>.

---

alcanzar? BAUDRY-LACANTINERIE (*Précis de Droit Civil*, t. III, París, 1901, núm. 1395, p. 864) repite los argumentos: *Es necesario que los terceros... puedan medir con precisión el crédito hipotecario del deudor y por ello no hay que permitir que el capital anunciado por la inscripción pueda acrecentar indefinidamente con los intereses retrasados... Se previene, además, por este medio una fraude fácil consistente en aparentar como debidos, para obtener su clasificación al mismo rango que el capital, intereses ya pagados desde hace mucho tiempo.*

<sup>54</sup> BOSARI (*Commentario del Codice Civile Italiano*, vol. IV, Torino, 1881, p. 623), al comentar el artículo 2010 del *Codice Civile* de 1865, explica que ésta es una norma al servicio del principio de la publicidad y que la negligencia de no exigir los intereses hacen peor, sin razón, la condición de los acreedores posteriores sin excluir el caso de la simulación en perjuicio de tercero.

<sup>55</sup> GORLA, Gino-ZANELLI, Pietro («Del Pegno. Delle Ipoteche», en *Commentario del Codice Civile de Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1992, p. 387), en el comentario al artículo 2855 del vigente *Codice Civile*, explican que una acumulación excesiva de los intereses asegurados haría aleatoria la solvencia de las hipotecas sucesivas o crearía en el tercer adquirente una grave incertidumbre sobre la cuantía de su responsabilidad real.

<sup>56</sup> Por eso no me parece la expresión más afortunada la utilizada por MONTERO (*La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantido*, RCDI 1963, p. 617) de que

c) *El tercero de la Exposición de Motivos parece limitarse al tercer poseedor y el tercero de los Códigos civiles francés e italiano parece ser más amplio e incluir, incluso, otros acreedores del deudor.*—Obsérvese que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria piensa en un tercero adquirente de la finca hipotecada. Sin embargo, la doctrina francesa e italiana, a la vista de sus textos legales —que no hacen la mención del perjuicio de tercero por innecesaria— hablan de tercero en un sentido amplio que parece incluir también terceros acreedores. Gorla<sup>57</sup> expone que la finalidad de la ley es impedir que el acreedor hipotecario deja acumular intereses sea en daño del tercer adquirente, sea frustrando las expectativas de acreedores de grado posterior que midieron la solvencia del inmueble confiando en el regular cobro de los intereses. Volveremos sobre este punto más adelante.

d) *La limitación de la cuantía de intereses garantizados no es una exigencia de los principios de especialidad y publicidad. Sólo cabe fundamentarla en razones prácticas (fijar la verdadera solvencia patrimonial del deudor o evitar posibles fraudes) y podría suprimirse sin especiales inconvenientes.*—Está claro que la Ley ha querido limitar la garantía hipotecaria de la cuantía de los intereses en favor de terceros. Y parece que esta limitación fue ampliamente aplaudida cuando se introdujo<sup>58</sup> y nadie la cuestiona hoy en día. Por otra parte, con más de cien años de vigencia en nuestro país, los acreedores hipotecarios han tenido tiempo de asumirla. Pero la afirmación de que la limitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses es una exigencia del principio de especialidad y publicidad, precisa unas puntualizaciones. Esta afirmación es inexacta referida a los intereses remuneratorios que devengue el capital a lo largo del período de tiempo pactado de duración del préstamo, ya que en el momento de la constitución de la hipoteca se sabe la cuantía de los intereses que devengará el capital y durante cuánto tiempo los devengará. El tercero sabe el límite máximo de intereses remuneratorios, devengados durante el tiempo de vigencia del préstamo, de los que responderá la finca. Dicho de otra manera las hipotecas de máximo no son incompatibles con el principio de publicidad o especialidad. De esto ya se dieron cuenta Baudry-Lacantinerie y De Loynes<sup>59</sup> para quienes el principio de

---

el artículo 114 obedece a razones de protección de tercero y no a un deseo de cumplir con la especialidad. Me parece más acertada la idea que formula más adelante (p. 619) de que su fundamento se halla en la necesidad de cumplir, aunque sólo sea para los terceros, con la especialidad.

Alguien podría pensar que el principio de publicidad y especialidad podría separarse de la protección de terceros, en cuanto que también se exige para que la hipoteca surta efectos *inter partes*, pero es que la hipoteca, por definición, es un derecho real *erga omnes*, y si queremos que haya hipoteca es necesario que afecte a terceros y, por tanto, el principio de especialidad y protección de terceros son indisolubles en la hipoteca.

<sup>57</sup> GORLA, Gino-ZANELLI, Pietro: «Del Pegno. Delle Ipoteche», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, artículos 2784-2899, Bologna-Roma, 1992, p. 390.

<sup>58</sup> Así, BORSARI (*Commentario del Codice Civile Italiano*, vol. IV, 2.ª parte, Torino, 1881, p. 623) explica que la regla recogida por el Código Napoleón se vio que era buena y ha sido seguida y ha encontrado toda la simpatía entre nosotros.

<sup>59</sup> *Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques et de l'Expropriation forcée*, t. III, París, 1906, núm. 1714, p. 4.



la publicidad puede ser respetado perfectamente aun garantizando la hipoteca todos los intereses, siempre que se indique en la inscripción la cifra exacta y total de intereses que cubre. La limitación introducida por el legislador se justifica por razones que califican de utilidad práctica<sup>60</sup>: si la hipoteca respondiese de todos los intereses, el crédito hipotecario del deudor se vería reducido sin razón, pues los terceros creerían que la hipoteca respondería de todos los intereses que ha de devengar el préstamo a lo largo de su vida, cuando han podido ser puntualmente pagados<sup>61</sup> y por otro lado evita conciertos fraudulentos entre acreedor y deudor simulando como debidos intereses ya pagados a los que ya se referían los primeros comentaristas del *Code*<sup>62</sup>.

Otra cosa son los intereses que se devenguen cuando una vez llegada la fecha de la amortización o sucesivas amortizaciones del préstamo —o del pago de los intereses remuneratorios— el deudor incumpla su obligación. La cuantía de estos intereses puede acrecentarse sin límite, ya que se devengarán mientras no se cobren las cantidades adeudadas, lo cual puede prolongarse indefinidamente. Por tanto, para éstos el principio de especialidad impone un límite máximo de garantía hipotecaria. Obsérvese que digo intereses devengados durante la mora del prestatario deudor y no intereses moratorios, para incluir tanto los intereses moratorios típicos, es decir, a un tipo superior al de los intereses remuneratorios, como los intereses devengados durante este período al tipo de los remuneratorios por no haberse previsto en el contrato el tipo de interés aplicable en caso de mora del prestatario o, en su caso, los intereses devengados al tipo legal.

Por otro lado, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 entendía la limitación del artículo 114 como una sanción a la conducta negligente del acreedor que no cobra sus intereses (*omisión o incuria del acreedor*). Ahora bien, tal postura parece demasiado rigurosa con el acreedor que, para no ver excluida de la responsabilidad hipotecaria parte de los intereses, si aparece un tercero, ha de emprender unos trámites costosos. Bien habrá de solicitar una ejecución de la hipoteca sólo por los intereses vencidos y no pagados si todavía el capital no ha vencido, o bien habrá de pedir la ampliación de hipoteca que prevé el artículo 115. En el primero

<sup>60</sup> *Ob. cit.*, nota anterior, núm. 1715, p. 5.

<sup>61</sup> En este sentido se pronuncian la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de marzo de 1994 (RGD 1994, p. 7106, Fundamento de Derecho Tercero, línea 7) y el Auto de la misma Audiencia de 22 de julio de 1992 (RGD 1993, p. 12057, Fundamento de Derecho Tercero, línea 10): Ante la incertidumbre que puede provocar en el tráfico jurídico el desconocimiento exacto de la deuda de la que responde la finca hipotecada que se adquiere, o sobre la que se constituye por un tercero un derecho real, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria limita la extensión de la hipoteca respecto a los intereses.

<sup>62</sup> En esta línea se observa un cambio en la manera de exponer la justificación de esta limitación en la doctrina francesa posterior. BECQUÉ (*Traité Pratique de Droit Civil Français* de PLANIOL RIPERT, t. XIII, París, 1953, núm. 978, p. 288) ya no habla de un aumento indefinido de los intereses, sino inopinado, y que el inconveniente está en que los terceros no conocen exactamente la cuantía de la responsabilidad hipotecaria, pero ya no dice que atentaría contra el principio de publicidad.

de los casos habrá de volver a solicitar una ejecución de hipoteca para cobrar el capital si no es pagado por el deudor o, incluso, para cobrar nuevamente sólo intereses, dependiendo de la duración del préstamo. Por tanto, es lógico que el acreedor no reclame judicialmente los intereses y se espere al vencimiento del capital para poder reclamar conjuntamente ambos en el mismo procedimiento de ejecución hipotecaria. En el segundo de los casos, hay que tener en cuenta que si el deudor no accede voluntariamente a la ampliación de hipoteca se ha de acudir a un juicio ordinario aparte de que acceda o no, ello supone gastos. Por eso, los préstamos concedidos por las entidades crediticias contienen una cláusula de vencimiento anticipado ante impago de los intereses o de uno de los plazos de devolución del capital en los supuestos de amortización fraccionada. Véase que la sanción sólo opera cuando interviene un tercero, pero no frente al deudor. O sea, que es la acumulación de dos elementos, el retraso del acreedor en reclamar los intereses, junto con la aparición del tercero, lo que hace jugar el límite del artículo 114. La fórmula elegida por la LH para limitar los intereses cubiertos frente a terceros sanciona especialmente el retraso del acreedor en reclamar los intereses. Si han pactado que la hipoteca responde frente a terceros de los intereses de cuatro años, aunque la cuantía de intereses devengados sea inferior a lo que suponen los de cuatro años, no quedarán cubiertos por la hipoteca los que se hayan devengado previamente al período de tiempo garantizado <sup>63</sup>.

En síntesis me cuestiono la subsistencia de una norma limitativa de la garantía hipotecaria en relación con los intereses remuneratorios, devengados durante el período pactado de duración del contrato, ya que las razones que se aducen me parecen insuficientes: no hay razón para que el tercero confíe en que el deudor está al corriente del pago de sus intereses; sabe muy bien la cifra máxima de intereses remuneratorios por los que responde la hipoteca y parece excesivo sancionar como negligente la conducta del acreedor que no demande judicialmente al deudor o no haya pedido ampliación de hipoteca cuando éste haya dejado de pagar tres años de intereses. Sólo nos parecen fundadas, en teoría, las razones de utilidad práctica que señalan Baudry Lacantinerie y De Loynes (se disminuye injustificadamente la capacidad patrimonial del deudor al pensar los terceros que la finca responde de todos los intereses cuando pueden estar

---

<sup>63</sup> Por ejemplo, la ejecución tiene lugar el 1 de enero de 1996 y se deben los intereses de 1994, 1993, 1992 y 2 meses de 1991; los intereses de 1995 se han pagado. Pues bien, los intereses de los 2 meses de 1992 no quedarían cubiertos frente a terceros (suponemos un pacto de cuatro años). En la práctica es difícil se produzca esta situación, pues el deudor aplicará la cantidad entregada al acreedor antes a los intereses de 1992 que a los de 1995. Pero sí puede producirse en los casos de intereses variables en que se establece un máximo de tipo aplicable. En este caso, la cuantía máxima de intereses garantizados frente a terceros será la resultante de aplicar el tipo máximo de intereses al capital durante cuatro años. Si el tipo realmente aplicable es inferior al máximo y se dejan de pagar los intereses de cuatro años y dos meses, la cuantía de intereses impagados puede no superar la cuantía máxima de intereses garantizados frente a terceros, según lo pactado, pero se habrá de excluir los intereses devengados durante los dos meses que excedan al período de cuatro años garantizado.

pagados y evitar posibles fraudes) pero, en realidad, también nos parecen insuficientes para justificar la limitación (los terceros no tienen por qué pensar que la finca responde de todos los intereses y también acreedor y deudor pueden fraudulentamente aparentar como debido todo el capital cuando en realidad se ha devuelto ya parte y nadie pretende limitar la garantía hipotecaria en cuanto al capital), que se podría suprimir sin especiales inconvenientes.

#### 4. CÓMPUTO DEL PERÍODO DE TIEMPO AL QUE SE CIRCUNSCRIBE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR INTERESES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 114

a) *Enumeración de los problemas que plantea el cómputo de tiempo: momento a partir del cual se fija retrospectivamente el cómputo de las anualidades y cómo se determina la anualidad corriente.*—Una cuestión silenciada totalmente por la ley es la manera de computar las anualidades a que se refiere el artículo 114. Éste se limita a fijar el tope de garantía por intereses a los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, fórmula que sólo deja claro que hay que fijar un momento a partir del cual, retrospectivamente, se ha de contar el período de tiempo legal. Que la cuenta se ha de hacer hacia atrás y no hacia adelante viene exigido por la mención de los *años transcurridos* y la *parte vencida*. Mas deja sin aclarar algunas cuestiones: A) En primer lugar, no nos dice cuál es este momento, cuestión sobre la que se han vertido muy variadas opiniones y sobre la que no hay acuerdo ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. B) En segundo lugar, el que el 114 hable de parte vencida y no de dos o tres años también plantea interrogantes: B1) Obliga a fijar las dos fechas entre las que se han de encuadrar los 365 días que forman un año. Si el legislador se hubiera limitado a decir los tres últimos años, una vez fijado la fecha de inicio de la cuenta atrás, bastaría con contar tres años, es decir 1.095 días, para fijar las anualidades de intereses garantizados por la hipoteca. Pero como el legislador habla de la parte vencida de la anualidad corriente, una vez determinada la fecha inicial de la cuenta atrás, en primer lugar hay que contar los días que van hasta el comienzo de la anualidad y luego dos años, 730 días. Y para lo primero hay que empezar por determinar entre qué dos momentos se cuentan los 365 días: ¿De 1 de enero a 31 de diciembre? ¿De fecha a fecha del aniversario de la inscripción de la hipoteca? ¿De fecha a fecha del aniversario de la toma del préstamo? ¿De fecha a fecha del momento en que el crédito devenga intereses impagados? B2) Por otro lado, lo de la parte vencida de la anualidad corriente puede dar entrada a la arbitrariedad. Si el momento para el cómputo retrospectivo de las anualidades es inmediatamente posterior, por ejemplo, un mes, a la fecha de comienzo de la anualidad el período de intereses garantizados se limitaría a 25 meses (1 mes por la parte vencida de la anualidad corriente, más 24 meses por las dos últimas anualidades). Mas si acaece que es un mes anterior al vencimiento de la anualidad, el período garantizado

por intereses es de 35 meses (11 meses por la parte vencida de la anualidad corriente más 24 por las dos últimas anualidades). Pasemos a estudiar estas cuestiones con detalle.

b) *Momento a partir del cual, retrospectivamente, se inicia el cómputo. Posibles soluciones teóricas: computar las anualidades hacia adelante a partir del primer día del período de intereses impagados o hacia atrás a partir del último día de este período. La redacción del artículo 114 impide la primera solución. En la solución del problema incide otro: si a los intereses devengados durante el procedimiento también les afecta el límite del artículo 114 LH.*—Vamos a comenzar intentando resolver esta cuestión *ex novo*, olvidándonos, de momento, de las diversas opiniones de la jurisprudencia y doctrina españolas y de cualquier otro dato de Derecho comparado. Imaginemos que somos los legisladores y se nos pide que resolvamos esta cuestión. Además, se nos da plena libertad para ello, sólo se nos exige que respetemos el espíritu del artículo 114 de la LH (similar al de los arts. 2151 y 1855 de los Códigos francés e italiano, respectivamente): recordemos que trata de limitar el número de anualidades de intereses garantizadas con la hipoteca con la finalidad de dar certeza a los terceros de la suma exacta de la que responde la finca hipotecada.

Partiendo de esta premisa, la lógica humana imagina dos formas posibles de computar las anualidades de intereses garantizadas por la hipoteca: a) tomar como punto inicial del cómputo el último día de interés pagado y a partir de él contar, hacia adelante, el período de tiempo legal en que los intereses devengados están protegidos por la hipoteca; b) tomar como punto inicial el último día de interés que se debe pagar y a partir de él contar, retrospectivamente, el período legal. Estas dos soluciones parten de un enfoque práctico de la cuestión: si el legislador ha pretendido limitar el número de anualidades de intereses garantizadas por la hipoteca, simplemente hemos de aplicar dicho límite al período de tiempo formado por las anualidades de intereses que se deben al acreedor<sup>64</sup>, lo cual

<sup>64</sup> Sería lógico que los intereses corran a favor del acreedor hasta que cobre su crédito con el precio de la ejecución hipotecaria. Ahora bien, para poder pagar al acreedor éste ha de proceder a la liquidación de intereses y sería injusto que siguieran corriendo intereses por una tardanza imputable a él. Por eso también parece lógico que el devengo de intereses cese cuando el postor en la pública subasta ha pagado el precio (es cierto que el acreedor aún no ha cobrado, pero ese perjuicio se puede paliar haciendo que la cantidad pagada por el postor se ingrese hasta que sea distribuida de forma que produzca intereses y entregarlos éstos al acreedor). Sin embargo, según una práctica de los Juzgados, sólo se liquidan los intereses hasta la fecha de la celebración de la subasta. Supone un retraso de sólo ocho días (regla 15, al principio del primer párrafo, del art. 131 LH), pero, tratándose de grandes sumas, puede representar una diferencia importante.

Por otro lado, en el caso de que el préstamo hipotecario contenga una cláusula de vencimiento anticipado por impago de intereses y otra de intereses moratorios —y éstos también se garanticen por la hipoteca— se deberán los intereses moratorios que se devenguen hasta la fecha de la celebración de la subasta. Pero si el préstamo no tiene cláusula de vencimiento anticipado y la hipoteca sólo se ejecuta por los intereses impagados se deberán pagar no sólo los intereses remuneratorios fijados en la demanda de ejecución, sino también los intereses que han ido haciéndose exigibles a lo largo del procedimiento de ejecu-

se puede hacer empezando el cómputo bien por delante o por detrás de dicho período<sup>65</sup>. En principio ambos métodos podrían conseguir la finalidad perseguida y parecen igualmente defendibles y pueden conducir, aunque no siempre, a iguales resultados prácticos<sup>66</sup>. Mas sabemos que el artículo 114 se ha inclinado por un cómputo hacia atrás, si bien ha omitido señalar el punto de partida de la cuenta atrás.

Pero enseguida uno se percata de que en la solución de este problema hay que tener en cuenta el dato de la duración del procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca, la cual no es justo perjudique al acreedor. Esto, junto con la premisa de que el acreedor tiene derecho a los intereses devengados por las cantidades no devueltas hasta que pueda cobrarse con el precio pagado por el adjudicatario, hace insatisfactorias las soluciones anteriores. Una pervivencia prolongada del procedimiento de ejecución hipotecaria –aun siendo el procedimiento del artículo 131 de la LH mucho más breve que el francés o italiano bien puede durar dos o tres años– dará lugar a un número de anualidades de intereses debidas al acreedor superior al límite legal, y si queremos aplicar este límite llegamos a resultados injustos. Por tanto, sería razonable introducir una excepción al límite legal de anualidades garantizadas y entender que los intereses devengados durante el procedimiento judicial, a partir de la presentación de la demanda<sup>67</sup>, siempre queden garantizados por la hipoteca. Y así hemos llegado a determinar el momento inicial del cómputo retrospectivo de las anualidades de intereses cubiertos por la hipoteca: la fecha de la presentación de la demanda pidiendo la ejecución de la hipoteca. Son, por tanto, los intereses anteriores a la misma<sup>68</sup> a los que se aplica el límite legal.

---

ción, hasta la fecha de la subasta. Hablo de intereses exigibles y no de devengados, porque si los intereses se pagan trimestralmente y la fecha de la subasta tiene lugar al finalizar el primer mes, se ha devengado un mes de intereses, pero como no se deberá pagar –junto con los dos siguientes– hasta que venza el tercer mes, el acreedor no puede pretender cobrarlo con el precio de la enajenación.

<sup>65</sup> Es decir se trata de cortar una cuerda de 10 metros –demasiado larga– y reducirla a 3. Lo lógico es cortar los tres por uno de los dos extremos y no por la parte central.

<sup>66</sup> Con ambos métodos se parte de los intereses que el acreedor debe al deudor, que imaginemos sean los devengados entre el 15 de octubre de 1990 al 30 de septiembre de 1995, pero con el primer método quedarán garantizados los intereses devengados a partir del 15 de octubre de 1990 hacia adelante hasta el máximo legal y con el segundo los intereses devengados desde el 30 de septiembre de 1995 hacia atrás hasta el máximo legal. Si el período de intereses que se debe está comprendido dentro del máximo legal es lo mismo un método que el otro, puesto que están garantizados todos los intereses debidos. Pero en caso contrario los resultados pudieran ser distintos si, además, la cuantía de intereses devengados en las primeras anualidades es distinto al de las últimas, lo cual puede suceder cuando se pacte un tipo de interés variable o la cuantía de la obligación garantizada varíe con el tiempo.

<sup>67</sup> Con la presentación de la demanda el acreedor ha hecho todo lo que está en sus manos. Luego no es justo que los intereses que corran después se vean afectados por el límite del artículo 114.

<sup>68</sup> En el supuesto de que hubiera mediado un requerimiento previo notarial de pago, se podría discutir si el momento se podría adelantar al del requerimiento, siempre que hubiera interpuesto la demanda a los diez días, pues propiamente es entonces cuando el

Esta solución, adoptada desde la protección al acreedor contra una desmesurada duración del procedimiento judicial, puede ser contestada desde la óptica de la protección del tráfico jurídico, razón de ser –como hemos visto– de las normas limitadoras de las anualidades de intereses garantizadas. La ley, en aras de la protección del tráfico jurídico, ha querido limitar el número de anualidades garantizadas y las razones aducidas no son suficientes para justificar una excepción. La ley ya concede suficiente margen al acreedor para que todos los intereses que se le deben queden garantizados por la hipoteca, pues un procedimiento de ejecución no se prolonga durante tanto tiempo. Lo único que exige la ley al acreedor es cierta diligencia en la ejecución de la hipoteca ante el impago de los intereses, para que así todos los que se le adeuden queden dentro de las anualidades cubiertos por la hipoteca. Si, a partir del impago de los primeros intereses, deja pasar mucho tiempo antes de pedir la ejecución de la hipoteca ya sabe el acreedor que se arriesga a que no todos queden cubiertos por la garantía hipotecaria<sup>69</sup>.

A continuación contrastaremos las posibles soluciones teóricas con las dadas en los Derechos francés e italiano y las que proponen nuestra doctrina y jurisprudencia.

c) *La solución del Derecho francés: las anualidades se cuentan retrospectivamente a partir de la resolución judicial de adjudicación de la finca al mejor postor, pero también quedan cubiertos los intereses que se devenguen con posterioridad (el procedimiento francés aún puede alargarse), hasta que el acreedor cobra.*—El *Code* tampoco precisó cuál es el momento en que debe iniciarse el cómputo (ni se precisó cuando se modificó, por ley de 17 de junio de 1893, la redacción inicial), lo cual dio lugar a una diversidad de opiniones, pero pasados unos años la jurisprudencia fijó dicho momento y su criterio ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina: el momento es aquel en que la hipoteca produce su efecto legal, traduciendo literalmente la fórmula francesa. Pero por efecto legal se entiende que el derecho del acreedor hipotecario sobre el inmueble se transforma en derecho sobre el precio obtenido con la venta forzosa del inmueble. Y ello sucede con *le jugement d'adjudication*, que emite el tribunal una vez que se ha adjudicado la finca en la subasta al mejor postor.

---

acreedor reacciona –entendiendo el requerimiento como un trámite que forma parte ya de la presentación de la demanda–. Pero como el acreedor puede dejar transcurrir mucho tiempo, después de efectuado el requerimiento, antes de interponer la demanda, y no es lógico que los intereses devengados mientras no se vean limitados por el artículo 114, he advertido que el momento del cómputo se podría adelantar al del requerimiento notarial sólo cuando el acreedor presentara la demanda a los diez días. De todas formas, esta alternativa no supone en la práctica una variación sustancial.

<sup>69</sup> Hay autores, como DELVINCOURT para el Derecho francés (*Cours de Code Civil*, t. III, París, 1819, p. 571), que han opinado que los intereses devengados durante el procedimiento también debían tenerse en cuenta para el cómputo de las anualidades de intereses cubiertas por la ley. Y que es al acreedor a quien corresponde ser diligente para no dejar acumular intereses antes de presentar su demanda. Mas no fue la opinión de *Delvincourt* la que triunfó en la jurisprudencia y doctrina del país vecino.

Esta resolución transmite al adjudicatario los derechos sobre el inmueble y le impone la obligación de pagar el precio (sería similar a la adjudicación provisional de la regla 15 del artículo 131 LH). Solamente se discute si el momento preciso es el de la fecha de la resolución judicial o de su transcripción, prefiriéndose éste porque es el momento en que se da publicidad frente a todos de la adquisición por el adjudicatario legal. Y a partir de esta fecha se cuentan tres años hacia atrás<sup>70</sup>. Pero advirtamos que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país en donde a los ocho días el adjudicatario ha de consignar la cantidad ofertada, en el sistema francés, antes de que el acreedor pueda cobrar, aún se ha de proceder a clasificar los acreedores inscritos, lo cual lleva su tiempo (*l'ordre*).

Además, tanto la jurisprudencia como la doctrina entienden que los intereses que se devenguen posteriormente durante el procedimiento, hasta que prácticamente acaba<sup>71</sup> y el acreedor ya puede cobrar su crédito con el precio obtenido en la pública subasta, quedan garantizados por la hipoteca y no se ven afectados por el límite del artículo 2151, argumentando que el acreedor no debe ser perjudicado por la lentitud de la justicia y buscando un apoyo legal en algunos artículos del *Code de Procédure civile*<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G.-DE LOYNES, P.: *Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Du Nantissement. Des Privilèges et Hypothèques et De L'Expropriation forcée*, t. III, París, 1906, núm. 1729, p. 20. BECQUÉ, Emile: *Traité pratique de Droit Civil Français de PLANIOL-RIPERT*, t. XIII, *Suretés réelles*, París, 1953, núms. 931 y 984. MARTY, Gabriel-RAYNAUD, Pierre-JESTAZ, Philippe: *Droit Civil. Les Sûretés. La Publicité Foncière*, París, 1987, p. 509.

<sup>71</sup> Este momento es el de la *clôture d'ordre*, la resolución judicial que fija el orden en que han de ser pagados los acreedores y el importe de sus créditos. Digo que es el momento en que prácticamente se acaba, porque dentro del plazo de tres días ha de comunicarse a los interesados que tiene ocho días para oponerse. Si no se oponen, o una vez resuelta la oposición, dentro de los diez días siguientes, se entrega a cada acreedor un documento en virtud del cual ya puede exigir el pago al adjudicatario, o a la Caja de Depósitos si éste consignó el precio.

<sup>72</sup> GRENIER (*Traité des Hypothèques*, t. I, Clermont-Ferrand, 1829, núm. 102, p. 201) entiende que los intereses que se devenguen a partir de la adjudicación son garantizados sin necesidad de ampliación de la hipoteca a los mismos y cita los argumentos dados por M. Fouquet, procurador general de la Corte real de Rouen, según el cual los intereses devengados después de la adjudicación tienen los mismos privilegios que el principal... Nuestros nuevos Códigos han introducido otra regla por razón de los fraudes... disimulación de pagos de intereses ya efectuados... que no pueden presumirse en cuanto a los intereses devengados por la adjudicación... después de la adjudicación el inmueble del deudor no existe y ya no será posible realizar inscripciones sobre los intereses que se devenguen después. CARRÉ (*Les Lois de la Procédure Civile*, t V, Bélgica, 1844, núm. 2.601, p. 403) cita la opinión de Tarrille de que los intereses devengados después de la adjudicación deben clasificarse al mismo rango que el capital y que ello deriva de los artículos 757, 759, 767 y 770 del *Code de Procédure civile*. Además, cita varias sentencias en este sentido, entre otras: París, 7 de julio de 1813; Bourges, 26 de agosto de 1814; Colmar, 13 de marzo de 1817; Metz, 29 de mayo de 1823; Lyon, 28 de agosto de 1821. Casación, 27 de mayo de 1816 y 14 de noviembre de 1827. Esta última decisión argumenta que no sería justo que un acreedor no pudiera, por efecto de una circunstancia independiente de su voluntad, cobrar los intereses accesorios del capital, que es la solución que deriva de los artículos 757, 769 y 770 de la ley procedimental y que la limitación del artículo 2151 se refiere a los intereses debidos en virtud de la inscripción hipotecaria, pero que los devengados después de la adjudicación son debidos en virtud de la resolución judicial que cierra

La solución dada por la jurisprudencia francesa y aceptada por la doctrina plantea un interrogante y una contradicción. El interrogante: ¿Por qué se ha elegido como momento inicial del cómputo no el momento en que acaba el procedimiento, sino un momento que le puede anteceder en varios meses? Quizá la explicación nos la puede dar el distinto funcionamiento de la ejecución hipotecaria. Según el artículo 717 del *Code de Procédure*, la publicación de la resolución de adjudicación purga todas las hipotecas y los acreedores ya no tienen más que acción sobre el precio. Es decir, el momento final de los intereses devengados por la hipoteca es cuando deja de existir la hipoteca. No parte de una consideración práctica, como en la solución propuesta sobre nosotros, sino de consideraciones lógicas. Por un lado, mientras el acreedor pueda garantizar los intereses promoviendo inscripciones por los intereses devengados no hay inconveniente en que se vean afectados por el límite de los tres años,

---

el procedimiento judicial. TROPLONG (*Droit Civil Expliqué. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1854, núm. 699.2.º) parte de que la regla general es que los intereses tienen las mismas prerrogativas que el capital y que el artículo 2151 del Código ha modificado esta regla en favor del principio de la publicidad, pero después de la adjudicación no se puede hablar de publicidad ni de inscripción... se vuelve, por tanto, a la regla general y cada acreedor tiene derecho a reclamar todos los intereses devengados en el transcurso del procedimiento de clasificación de los créditos. Ello resulta claramente de los artículos 757, 767 y 770 del Código de Procedimiento. Y acaba citando la jurisprudencia en este sentido: Corte de París de 21 de noviembre de 1807, Corte de Rouen de 28 de junio de 1810 y Corte de Casación de 22 de noviembre de 1809. MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon. Privilèges et Hypothèques*, 2.ª parte, París, 1856, núm. 1020, p. 957) entendía que cuando el acreedor se dirigía al Juez pidiendo la clasificación de los créditos —este autor fijaba el inicio del cómputo de las anualidades en un momento procesal un poco más tardío al de la ejecución, cuando el acreedor pide que se establezca un orden de preferencia entre los acreedores, pero esta variación no es relevante a estos efectos— ha hecho todo lo que la ley le exigía y, por tanto, no puede quedar privado de los intereses que corran después, puesto que no es por su culpa que se retrasa el cobro de su crédito. LAURENT (*Principes de Droit Civil Français*, t. 31, París-Bruselas, 1878, núm. 73, p. 63) también entiende que se han de pagar los intereses que se devenguen hasta la distribución, aunque no en virtud de la inscripción, sino de la adjudicación. Es una aplicación del principio según el cual el acreedor debe obtener por efecto de la sentencia todo lo que habría obtenido si ésta se hubiera producido instantáneamente, la lentitud de la justicia no puede perjudicar al acreedor. BAUDRY-LACANTINERIE-DE LOYNES (*Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Du Nantissement, Des Privilèges et Hypothèques et de l'Expropriation forcée*, t. III, París, 1906, núm. 1.732, p. 25) prescinde del argumento de la lentitud de la justicia y se centran en los argumentos legales basados en el *Code de Procédure*: a) El artículo 765.2 establece que los intereses dejan de correr a cargo del ejecutado a partir de la *cloture d'ordre*. De ahí se sigue necesariamente que si antes corrían contra él y escapan a la limitación del artículo 2151, se rigen por los principios generales y en cuanto que accesorios del capital tienen el mismo rango que éste. b) El artículo 768 concede a los acreedores clasificados posteriormente a los que no quedan suficientes fondos para cobrar su crédito una acción contra los que han prolongado el procedimiento *d'ordre* mediante oposiciones mal fundadas, lo cual necesariamente implica que los intereses devengados durante el procedimiento han sido colocados al mismo rango que la deuda principal del acreedor anterior, pues sólo así estos intereses pueden perjudicar al acreedor posterior. Y por fin, señalan que tal ha sido la postura de la jurisprudencia. BECQUÉ (*Traité Pratique de Droit Civil Français de PLANIOL-RIPERT*, t. XIII, *Les Sûretés Réelles*, París, 1953, núm. 984) también entiende que los intereses posteriores a la adjudicación están garantizados por la hipoteca, pues el acreedor no ha de soportar los retrasos de la justicia y cita varias sentencias, Req., 12 de junio de 1876; Alger, 20 de abril de 1896; Rennes, 5 de abril de 1897; Nancy, 15 de noviembre de 1907.



pues el acreedor siempre tiene la solución de promover estas inscripciones especiales. Pero es injusto que los intereses devengados, cuando es imposible promover nuevas inscripciones para protegerlos, queden sometidos a ese plazo de los tres años. Luego ese momento es el que nos señala el plazo final de los tres años y el momento inicial del cómputo retrospectivo. Ahora bien, para que no suceda la situación injusta a la que he aludido antes, dicen que los intereses posteriores deben estar clasificados con el mismo privilegio que el capital, pues lo accesorio sigue al capital y sería injusto hacer soportar al acreedor la lentitud de la justicia. Aquí viene la paradoja: la solución dada hace soportar al acreedor la lentitud de la justicia en cuanto a los intereses devengados entre el inicio del procedimiento judicial y la adjudicación de la finca.

Desde un punto de vista práctico vemos que la solución francesa cubre los intereses devengados durante la fase final del procedimiento sin ningún límite y tres años anteriores. El peligro es que el procedimiento se alargue más de tres años. Quizás en la práctica no suceda esto y la solución sea satisfactoria para el acreedor.

Si alguien tiene interés por conocer otras opiniones que, antes de que la jurisprudencia sentase su doctrina, se vertían sobre el momento del inicio del cómputo, puede consultar la nota a pie de página<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Aparte de la postura de la fecha de la adjudicación, que fue la adoptada por la jurisprudencia, se aventuraron la de la fecha en que tiene lugar la demanda de clasificación de los créditos y la de la fecha en que se inmovilizan los frutos del inmueble. La primera de ellas no varía mucho en relación con la de la fecha de la resolución judicial de adjudicación, en especial en la variante de su publicación en el registro de hipotecas, pues la demanda de clasificación de los créditos tiene lugar después de la publicación de la adjudicación (dentro de los ocho días en el actual Código de procedimiento). MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon, Privilèges et Hypothèques*, 2.<sup>a</sup> parte, recopilado por Paul PONT, París, 1856, núm. 1.019, p. 956), defendió esta postura basándose en que, después de los momentos fijados por las otras teorías (la publicación del requerimiento y la adjudicación), se pueden constituir nuevas hipotecas ya por el ejecutado, ya por el adjudicatario y los nuevos acreedores no sabrán con exactitud los intereses de los que responde la hipoteca, pues no sólo responderá de la anualidad corriente y los dos años anteriores, sino también de los intereses que se devenguen después. Por tanto, continúa Marcadé, los motivos en los que se funda la norma del artículo 2151 subsisten, incluso después de la adjudicación y no desaparecerán hasta que el acreedor inscrito pida la clasificación de los créditos. Parece que la argumentación de Marcadé es la siguiente: la finalidad del 2151 es que frente a los terceros la hipoteca no garantice más de dos anualidades y la corriente y por lo tanto el punto inicial del cómputo se ha de hacer en el momento del procedimiento, a partir del cual los intereses que se devenguen no puedan gozar del privilegio hipotecario. La segunda de ellas traslada el punto de inicio del cómputo a un momento anterior, al comienzo del procedimiento: cuando se publica en el registro de hipotecas el requerimiento hecho al deudor con el que se inicia el procedimiento de ejecución y que tiene como efecto, entre otros, que los frutos producidos por el inmueble, a partir de entonces, serán inmovilizados para distribuirse entre los acreedores junto con el precio obtenido por el inmueble en la enajenación forzosa. Esta postura es mantenida por TROPLONG (*Droit Civil Expliqué. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1854, núm. 698.2.º, pp. 139 al final y 140), que argumenta del siguiente modo: el año corriente es el que corre en el momento en el que se requiere al deudor, en virtud del artículo 689 del Código de procedimiento, ya que en este momento se produce la inmovilización de los frutos y los acreedores ya no pueden cobrarse sobre los mismos y, por tanto, la acumulación de los intereses, desde este día es forzosa y no puede ser imputada a los acreedores.

d) *La solución del Derecho italiano: las anualidades se cuentan retrospectivamente a partir de la resolución judicial con que se inicia la ejecución, pero los intereses devengados posteriormente durante el procedimiento quedan cubiertos, aunque sólo hasta la venta de la finca y por el interés legal.*—El Código civil italiano, en su artículo 2855, segundo párrafo, determina expresamente —cosa que no hacen la ley francesa ni la española— una fecha de referencia<sup>74</sup> para el cómputo de las anualidades de intereses garantizados que es la fecha del *pignoramento*, acto judicial con el que se inicia el procedimiento de ejecución<sup>75</sup>. Y por otro lado, el tercer párrafo del artículo 2855 confiere el mismo rango del que goza el capital a los intereses devengados durante el procedimiento hasta la venta del bien hipotecado<sup>76</sup>, más allá del límite señalado por el párrafo segundo, pero sólo por la cuantía del interés legal.

La solución del Código civil italiano encaja con la solución teórica planteada y cumple razonablemente con los dos requerimientos de los que venimos hablando: a) limitar el número de años de intereses garantizados por la hipoteca; b) sin que los retrasos del procedimiento judicial

<sup>74</sup> Pero la fecha de referencia no indica el día de inicio de la cuenta atrás del período de intereses garantizado, sino indica que la anualidad en que tenga lugar será la última garantizada a la que habrán de sumarse las dos anteriores. Así pues, tanto en el Derecho italiano, como en nuestro artículo 114, es necesario precisar el día en que comienzan las anualidades (¿son anualidades de 1 de enero a 31 de diciembre?, ¿o comienzan la fecha en que se tomó el préstamo hipotecario?, ¿o bien el día de devengo de los intereses que se comenzaron a dejar de pagar?), cuestión que estudiaremos más adelante. Pero este sistema puede dar lugar a variaciones caprichosas. Imaginemos que las anualidades van de 1 de noviembre a 31 de octubre del año siguiente. El pignoramento tiene lugar el 15 de noviembre de 1995. En aplicación del artículo 2855, el período de 36 meses de intereses protegidos va desde 1 de noviembre de 1993 a 31 de octubre de 1996 (la anualidad en que tiene lugar el pignoramento es la comprendida entre 1 de noviembre de 1995 y 31 de octubre de 1996 y se han de incluir las dos anualidades anteriores). Si el pignoramento se hubiera producido un mes antes, el 1 de octubre de 1995, las anualidades protegidas van de 1 de noviembre de 1992 a 31 de octubre de 1995. Obsérvese que, por sólo un mes de diferencia de la fecha del pignoramento, los intereses protegidos en un caso se remontan hasta 1 de noviembre de 1992 y en el otro caso solo hasta 1 de noviembre de 1993. Pero en el primer caso se acaban el 31 de octubre de 1995 (si bien los intereses posteriores hasta la venta forzosa y en la medida del interés legal estarán igualmente garantizados) y en el otro el 31 de octubre de 1996. La variación de solo un mes en la presentación de la demanda de ejecución repercute en una variación de varios meses en cuanto al período de intereses garantizados

<sup>75</sup> Este acto judicial, que tiene lugar una vez desatendido por el deudor el requerimiento de pago, consiste en una intimación que se hace al deudor de abstenerse de cualquier acto dirigido a sustraer a la garantía del deudor el bien objeto de la ejecución o sus frutos (arts. 491 y 492 del Código de Procedimiento Civil).

<sup>76</sup> Exactamente hasta la fecha del decreto, *ex* artículo 586 del Código de Procedimiento, que ordena la consignación del precio por el adquirente, aunque ello no significa que el acreedor pueda cobrarse su crédito inmediatamente, pues aún queda, como en Derecho francés, la fase procedimental de distribución del precio. Pero los intereses devengados durante esta fase ya no gozan del privilegio hipotecario, porque se considera que las eventuales demoras no deben perjudicar a los acreedores de grado posterior y al tercer adquirente; de otra manera al primer acreedor no le importaría alargar la polémica, sabiendo que los intereses devengados mientras tanto eran igualmente privilegiados, mientras que los acreedores sucesivos se verían disuadidos de defender sus derechos (GORLA, Gino- ZANELLI, Pietro: «Del Pegno. Delle Ipoteche» en *Commentario del Codice Civile* de SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1992, p. 393).

perjudiquen al acreedor. Sin embargo, éste último requerimiento no lo cumple totalmente: aparte de no cubrir exactamente todos los intereses que se devengan hasta que el dinero queda a disposición del acreedor para cobrar su crédito, según acabamos de ver, el párrafo tercero del artículo 2855 indica que los intereses devengados durante el procedimiento, más allá del límite del segundo párrafo, sólo quedan garantizados al mismo rango que el capital hasta la cuantía del interés legal.

Comparando el sistema francés e italiano, vemos que éste concede al acreedor un margen más amplio de inactividad antes de pedir la ejecución judicial de la hipoteca, sin peligro de que los intereses adeudados hasta la fecha queden fuera de la cobertura hipotecaria. Por contrapartida, el período de intereses devengados durante el procedimiento garantizado por la hipoteca acaba antes en el sistema italiano (la venta del bien) que en el francés (la resolución judicial que determina el orden de colocación de los créditos). Pero la prolongación del procedimiento<sup>77</sup> –hasta la venta de la finca en pública subasta– puede perjudicar más al acreedor en el sistema francés que en el italiano, ya que en el italiano todos los intereses devengados desde el *pignoramento* hasta la venta de la finca, cualquiera que sea el tiempo transcurrido están garantizados, mientras que en el francés, como se empiezan a contar retrospectivamente los tres años a partir de *l'acte de judgement*, si el procedimiento ha durado más de tres años no quedarán cubiertos los que excedan.

e) *La solución en el Derecho español: según una opinión doctrinal bastante extendida, seguida por alguna sentencia, se computan las anualidades del 114 retrospectivamente a partir de la fecha de presentación de la demanda de ejecución, pero los intereses devengados durante el procedimiento también quedan garantizados. Según otra opinión, las anualidades se computan retrospectivamente a partir de la fecha de celebración de la subasta, aunque se haya alargado el procedimiento y no queden cubiertos todos los intereses adeudados.*—Como en el Derecho francés, la ley calla. Pero no ha habido una jurisprudencia que haya sentado un criterio definitivo, por lo que las opiniones se han sucedido y se suceden.

Intentaré fijar algunos puntos de referencia que ayuden a exponer una cuestión movедiza por la falta de apoyo legal. Y aunque parezca innecesario, me parece oportuno dejar por sentado –sin darlo por supuesto– que el momento inicial del cómputo del plazo es un momento del procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca. Sobre ello actualmente hay acuerdo en la doctrina española. ¿Es que podría pensarse en otra solución? El Derecho francés y el italiano coinciden en que el momento del cómputo inicial es un momento del procedimiento de ejecución, aunque difieren a la hora de determinar qué preciso momento. Pero hacemos esta precisión para rechazar de entrada una opinión –fundada en una equivocada interpretación de la manera de formular las razones para justificar el

<sup>77</sup> Si el procedimiento es breve, un año, por ejemplo, la diferencia entre ambos sistemas no trasciende.

límite del artículo 114 que emplea la Exposición de Motivos— según la cual el momento inicial del cómputo de las anualidades de intereses garantizados por la hipoteca sería el de la aparición del tercero<sup>78</sup>.

Pero una vez sentado que el punto de partida del cómputo es un momento del procedimiento de ejecución ya es más difícil encontrar un consenso sobre qué preciso momento.

Se ha defendido que la fecha inicial del cómputo es la de la fecha de la reclamación judicial (Morell<sup>79</sup>, Roca Sastre<sup>80</sup>, Muro Villa-

<sup>78</sup> Si entendiésemos, en mi opinión incorrectamente, que el artículo 114 protege la buena fe del tercero en el sentido de protegerle de los intereses devengados antes de su adquisición por pensar que están pagados —o simplemente porque es difícil que conozca el número de anualidades no pagadas hasta la fecha— se podría fijar como momento inicial del cómputo el de la aparición del tercero. MONTERO (*La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado*, RCDI 1963, p. 620) entiende que esta solución no es aceptable porque... o bien impone que todos los intereses que se devenguen con posterioridad a la inscripción del tercero le afecten, lo que nos lleva a una determinación que no debe ser aceptada, o bien a que tales intereses no le afecten en absoluto, lo cual debe rechazarse también, pues equivale a dejar la garantía del interés al arbitrio del deudor (le bastaría a éste con otorgar una enajenación o gravamen para hacerla desaparecer). A las razones dadas por Montero se puede añadir que, fijándonos precisamente en la *ratio legis* del artículo 114, tal como se enunciaría para justificar como momento inicial del cómputo la aparición del tercero, no hay razón para tratar de manera diferente los intereses devengados antes de la aparición de tercero que después, pues en ambos casos se dan las razones que aconsejan la limitación de la garantía: igual de lógico es que el tercer adquirente piense que los intereses devengados con anterioridad a su adquisición están pagados como pensar que se pagarán los devengados posteriormente (e igual de difícil resulta al tercer adquirente conocer los intereses que el tercero ha pagado o dejado de pagar antes de la adquisición de la finca hipotecada como después). Es decir, no hay razón para que la hipoteca garantizase todos los intereses devengados después de la aparición del tercero y sólo una parte de los devengados antes ni tampoco para que no garantizase ninguno de los devengados posteriormente, pero sí algunos de los devengados anteriormente. Por lo tanto no hay ninguna razón para fijar como momento inicial del cómputo el de la aparición del tercero. Si entendiéramos el 114 —como en mi opinión se ha de entender— como un límite de los intereses cubiertos por la hipoteca, con independencia de cualquier consideración de la buena fe del tercero en el sentido expuesto anteriormente, no sólo no tiene ningún sentido fijar como momento inicial del cómputo de anualidades de intereses cubiertas por la hipoteca la aparición del tercero, sino que es rechazable. Imaginemos un supuesto: al adquirir el tercero la finca, todos los intereses devengados hasta la adquisición están pagados, pero se dejan de pagar intereses posteriores. Sería absurdo —partiendo de que la hipoteca sólo cubre tres años de intereses, pero esos tres años los cubre— que, en este caso, habiendo intereses impagados la hipoteca no los garantizase por haberse devengado después de la adquisición del tercero, ya que hemos situado el período de intereses garantizados en el momento anterior a la adquisición.

<sup>79</sup> Distingue según el tercer adquirente se haya subrogado en la deuda o no (para nosotros el tercer adquirente que se subroga ya no es un tercero, pues ocupa el lugar del deudor) y concluye que en este caso la fecha del cómputo es la de la reclamación judicial:... *el acreedor reclama en junio de 1907 ¿responde el tercero teniendo en cuenta la fecha de la adquisición o la de la reclamación? Como el tercero no se hallaba personalmente obligado, las dos anualidades de intereses adeudadas por el deudor, eran desde abril de 1905 hasta abril de 1907, y la parte vencida de la anualidad corriente era de abril a junio de 1907. La fecha de la adquisición o de la inscripción, carece aquí de interés, porque las últimas anualidades adeudadas no se refieren a esa fecha para nada... Hay que concluir, por lo tanto, que en el caso expuesto, la responsabilidad del tercero por razón de intereses, ha de relacionarse con el momento de la fecha de la reclamación* (Comentarios a la Legislación Hipotecaria, t. III, Madrid, 1928, p. 744).

<sup>80</sup> *Ya se ha dicho que este cómputo ha de hacerse retrospectivamente a partir del instante en que se quiera averiguar los intereses que asegura la hipoteca en contra de ter-*

lón<sup>81</sup>). El alcance de esta tesis, como ya hemos explicado, sólo se vislumbra cuando se concreta si los intereses posteriores devengados durante el procedimiento quedan o no cubiertos por la garantía hipotecaria, cuestión que tratan los dos últimos autores citados y resuelven afirmativamente –Roca Sastre de un modo implícito<sup>82</sup>–. Esta es la postura adoptada por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 1991<sup>83</sup>.

---

*pero; pero lo importante aquí es el momento procesal. Como tal, debe entenderse aquel en que comienza la mora judicial, o sea, desde que se devengan intereses judiciales... La reclamación ejecutiva fija pues el tope legal. Y en nota a pie de página añade que en la doctrina francesa e italiana se argumenta en favor de esta tesis, por entender que la mora forzosa que el procedimiento judicial implica no puede perjudicar al acreedor, pues éste se encuentra imposibilitado de hacer más de lo que hace; su inacción es forzada, y justo es que no le reporte daño. El acreedor no puede quedar lesionado por la lentitud de la justicia, y, por ello, se ha de entender que las dos anualidades de intereses y la parte vencida de la anualidad corriente, deben quedar fijadas al tomar estado la ejecución, sin transportarse el cómputo legal tanto como dura el procedimiento (Derecho Hipotecario, t. IV, 1.º, Barcelona, 1979, p. 598).* Obsérvese que la cita de la argumentación de la doctrina francesa no apoya su tesis, pues, como ya sabemos, en Francia el punto inicial del cómputo es un momento avanzado del procedimiento judicial, el del Auto de adjudicación, por lo que la duración del procedimiento hasta ese momento sí perjudica al acreedor. La doctrina francesa emplea ese argumento para justificar que los intereses devengados desde la resolución judicial de adjudicación hasta la llamada *cloîture d'ordre* afectan a la hipoteca. Parece más válida la cita de la doctrina italiana para apoyar su tesis, pues, como sabemos, el artículo 2855 del Código civil italiano fija como punto inicial del cómputo retrospectivo de las anualidades garantizadas, el comienzo del procedimiento judicial de ejecución y aclara que los intereses posteriores también están cubiertos por la hipoteca. Aunque como estos intereses posteriores sólo estarán cubiertos, como ordena el *Codice Civile*, hasta la cuantía del interés legal, también en este caso la duración del procedimiento afecta, en alguna medida, al acreedor hipotecario.

<sup>81</sup> Dice que esta solución parece ser la más lógica y aceptada unánimemente por todos. Conforme a ella, el momento de cálculo es el de la ejecución (cuando se interpone la reclamación ejecutiva de pago ejercitando la acción real, precisa unas líneas más arriba); la hipoteca asegurará frente a terceros la parte vencida de la anualidad corriente hasta la reclamación y de dos anualidades anteriores. Ello supone un máximo de tres anualidades de intereses asegurados con la hipoteca entendiéndose comprendidos los intereses devengados y vencidos por la anualidad corriente en tanto subsista el procedimiento y hasta su finalización (Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora en Hipotecas y Seguridad Jurídica, Colegio de los Registradores, Madrid, 1991, pp. 136 y 137).

<sup>82</sup> Si, como hemos visto en la nota anterior, este autor parte de que el acreedor no puede quedar lesionado por la lentitud de la justicia, de ello no sólo se deriva que el cómputo retrospectivo de anualidades ha de ser fijado en el momento de la reclamación judicial, sino que los intereses devengados posteriormente durante el procedimiento también han de quedar cubiertos por la hipoteca.

<sup>83</sup> RGD 1991, p. 8193. El Juzgado, después de haber pagado al acreedor con el precio obtenido en la subasta, dictó providencia para que procediera a la devolución de 1.125.000 pesetas que le habían sido entregado en exceso, más allá de los límites de responsabilidad hipotecaria por intereses en perjuicio de terceros, que en este caso existían, del artículo 114 LH. En la escritura hipotecaria se había limitado la responsabilidad hipotecaria por intereses a tres años. La Audiencia calcula que los intereses debidos hasta el momento de presentarse la demanda (noviembre de 1984, según dice el razonamiento jurídico primero *d*) están cubiertos por los tres años pactados (Razonamiento Jurídico Tercero, primera parte); esto significa que la Audiencia considera que el momento inicial retrospectivo del cómputo de intereses garantizados es el de la presentación de la demanda, lo cual expresa en los siguientes términos, la reclamación ejecutiva fija el tope legal (Razo-

También encontramos una opinión, de Uceda Ojeda<sup>84</sup>, en la línea de nuestra solución teórica: tomar como punto inicial el último día de interés que se debe pagar<sup>85</sup> y a partir de él contar, retrospectivamente, el pe-

---

namiento Jurídico Tercero, p. 8195, primera columna, línea 13 comenzando por el final). Pero esta afirmación es incompleta si no se dice qué sucede con los intereses devengados a lo largo del procedimiento. Y la Audiencia resuelve, conforme a la más autorizada doctrina, que los intereses judiciales están excluidos del tope legal, ya que la demora forzosa que el procedimiento judicial implica no puede perjudicar al acreedor, dado que se encuentra imposibilitado a hacer más de lo que hace, por lo que el límite debe quedar fijado al tomar estado la ejecución, sin transportarse el cómputo legal tanto como dure el procedimiento (Razonamiento Jurídico Tercero, p. 8195, primera columna, última parte).

<sup>84</sup> Este autor (ha sido durante años titular de uno de los dos Juzgados de Primera Instancia existentes en Madrid especializados en procedimientos hipotecarios), después de advertir que si se eligiese como punto inicial del cómputo la fecha de la presentación de la demanda de ejecución hipotecaria –y suponiendo que los intereses posteriores también quedan garantizados por la hipoteca–, se quebraría en parte el principio de especialidad, concluye que *debe utilizarse para la fijación del cómputo el momento en que un tercero haciendo uso de la facultad que le confiere la regla 5.ª satisface el principal, intereses y costas asegurados por la hipoteca, o en su defecto la fecha de la subasta, y aunque es más gravosa para el acreedor es la única que puede ajustarse plenamente al principio de especialidad* (UCEDA OJEDA, Juan Lucas: *El artículo 114 de la Ley Hipotecaria y la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento judicial sumario del artículo 131* en Los Procesos Hipotecarios, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 83). Me parece que la solución teórica que he expuesto más arriba coincide con la tesis de Uceda Ojeda. Entiendo que el motivo de las referencias al momento en que un tercero satisface principal, intereses y costas o, si no se da este caso, al momento de celebración de la subasta es porque son los momentos en que se detiene el devengo de intereses, según lo que ya hemos explicado. Pero no entiendo la justificación que da Uceda de que sólo esta tesis puede ajustarse al principio de especialidad y que, de seguir la tesis de la reclamación judicial, un tercero nunca sabría a lo que, por intereses judiciales, asciende la deuda a efectos de concurrir a la subasta. Indudablemente al tercer poseedor de la finca le interesa saber, si quiere concurrir a la subasta, la cantidad exacta de intereses de los que responde la hipoteca para hacer sus cálculos, pero esto no queda impedido por adoptar la otra postura. Efectivamente, el tercer poseedor, para concurrir a la subasta, ha de conocer la cuantía de capital e intereses de la que responde la finca. Imaginemos que la cifra máxima que puede gastarse son 90 m. Si el capital y los intereses garantizados son superiores a esa cifra, para mantenerse dentro de su presupuesto, ha de ofertar como máximo los 90 millones. Ahora bien, si la cifra garantizada de capital e intereses es inferior puede pujar todo lo que quiera, disuadiendo así a otros postores, pues el sobrante será para él, en caso de que no haya otros terceros. Pero ha de saber la cifra exacta de intereses. Porque no le es igual que se deban un millón más o un millón menos de intereses y que la cifra de que responda la finca pase de 80 a 100 millones. Porque si sólo son 80, como hemos visto, puede ofrecer en la puja 100 millones –aunque sólo se quiera gastar 90, porque el sobrante después de pagar los 80 al acreedor retornará a él. Pero si la finca responde por 100 millones, y sólo se quiere gastar 90, no puede ofertar una cantidad superior, porque si ofrece 100 y le es adjudicada, se emplearán todos para pagar al acreedor y habrá sobrepasado su presupuesto. Pero el tercer poseedor puede calcular perfectamente la cifra de intereses garantizados por la hipoteca, en cuanto sepa la fecha de la celebración de la subasta. Pero, aparte de todo, este problema se plantea tanto se siga una solución u otra. La razón de la especialidad sirve para explicar que sólo se liquiden intereses hasta la fecha de la celebración de la subasta que se sabe con certeza antes de concurrir a la misma; si los intereses devengados posteriormente también quedaran cubiertos hasta una fecha indeterminada, se iría contra el derecho que tiene el tercer poseedor de saber la cifra exacta que se debe por intereses.

<sup>85</sup> Obsérvese que en el caso de que el préstamo hipotecario contenga una cláusula de vencimiento anticipado en caso de impago de intereses y otra de intereses moratorios –y éstos también se garanticen por la hipoteca– se deberán los intereses moratorios que se devenguen, en teoría, hasta que al acreedor se le pague, y, en la concreción práctica de esta teoría, hasta la fecha de la celebración de la segunda subasta. Pero si el préstamo no tiene

rído legal. Bajo esta opinión subyace la idea de no introducir ninguna excepción al límite de anualidades de intereses garantizadas por la hipoteca impuesto por la ley, ni para evitar que los retrasos del procedimiento perjudiquen al acreedor. La ley ya concede suficiente margen al acreedor, si es diligente en su reclamación, para que todos los intereses que se le deben queden garantizados por la hipoteca, pues un procedimiento de ejecución es relativamente breve. Y si en algún caso esto no sucede, es el tributo que se ha de pagar al sistema<sup>86</sup>.

En mi opinión, las dos soluciones de la doctrina española que he expuesto son defendibles. Quizás sea más respetuosa con la legalidad vigente la última, pues no encontramos ninguna norma del Ordenamiento jurídico en que nos podamos fundamentar para sostener que los intereses devengados durante el procedimiento no están incluidos en el cómputo del artículo 114. Pero basándonos en principios generales –no es justo que el acreedor sufra los retrasos del procedimiento judicial– también podríamos defender la primera de las soluciones.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1941<sup>87</sup> señala, como criterio de fijación del momento a que se refiere el artículo 114, la fecha de la nota marginal en el Registro de la Propiedad de existencia del procedimiento. Y parece dar a entender que éste es el momento a partir

---

cláusula de vencimiento anticipado y la hipoteca sólo se ejecuta por los intereses impagados se deberán pagar con el precio obtenido en la enajenación forzosa no sólo los intereses remuneratorios fijados en la demanda de ejecución, sino también los intereses que han ido haciéndose exigibles a lo largo del procedimiento de ejecución, hasta la fecha de la subasta. Hablo de intereses exigibles y no de devengados, porque si los intereses se pagan trimestralmente y la fecha de la subasta tiene lugar al finalizar el primer mes, se ha devengado un mes de intereses, pero como no se deberá pagar –junto con los dos siguientes– hasta que venza el tercer mes, el acreedor no puede pretender cobrarlo con el precio de la enajenación.

<sup>86</sup> Percibo la postura de MONTERO LEÓN («La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 609 ss.) un poco confusa. Se pregunta: *¿Con referencia a qué momento se utiliza la expresión anualidad corriente?* (p. 620, tercer párrafo). Y después de exponer *dos posibles interpretaciones que deben ser descartadas* (p. 623, segundo párrafo), concluye que *el cómputo debe hacerse en relación al momento de la ejecución* (y aunque no lo precise parece referirse al momento en que el acreedor presenta la reclamación judicial) (p. 623, tercer párrafo). ¿Dónde está la oscuridad de dicha postura? En que la segunda de las interpretaciones –que descarta– es *hacer el cómputo en relación a cada ejecución por intereses. Así si el crédito comenzó a devengar intereses impagados en 1 de agosto de 1950 y se ejecuta en 1 de septiembre de 1960, la hipoteca sólo garantizará en ese momento en perjuicio de tercero un mes de la anualidad corriente, o sea, el de agosto de 1960, y las dos últimas anualidades vencidas, que son las comprendidas entre 1 de agosto de 1958 y la misma fecha de 1960* (pp. 620, último párrafo, y 621, primer párrafo). Y esta segunda interpretación, expuesta bajo la letra b), que rechaza parece ser igual a la expuesta bajo la letra c), que acepta. Sólo hay una diferencia: en la letra b) habla de cada ejecución por intereses y en la letra c) habla del momento de la ejecución. Sólo se evitaría la contradicción entendiendo que, en la letra c), Montero se refiere al momento de la ejecución por el capital. Pero, aparte de que esto no tendría demasiado sentido –¿cómo se computa el tiempo si sólo se pide la ejecución por intereses?–, tampoco parece ser el pensamiento de Montero, pues un poco más adelante, bajo la letra c), dice: *si el acreedor quiere extraer de la finca el valor correspondiente a las tres anualidades completas, deberá iniciar la ejecución cuando esté para vencer la tercera anualidad no pagada, pues si el procedimiento finalizase antes de que venciera, quedaría una parte de ella sin cobrar y habría que promover una nueva ejecución para hacerla efectiva.*

<sup>87</sup> Aranzadi 911.

del cual, retrospectivamente, se ha de comenzar a contar la anualidad corriente<sup>88</sup>. Mas esta afirmación tiene un valor muy relativo, pues la cuestión debatida no era el momento a partir del cual se han de computar las anualidades de intereses cubiertos por la hipoteca, sino el momento a partir del cual la adquisición del tercero ya no le producirá los efectos beneficiosos del artículo 114 en cuanto a la limitación de la responsabilidad por intereses, como se desprende del inicio del considerando: *Que fijado así el sentido que informa el artículo 114, quedan excluidos del concepto de terceros... los inscribientes posteriores* (a la nota marginal). El razonamiento del considerando cuarto refuerza esta opinión: los titulares anteriores a dicha nota adquieren con conocimiento de que la finca está gravada por razón de intereses y costas en los términos que resulten de la inscripción o del artículo 114, y los posteriores son advertidos por la nota marginal, al adquirir, de que aquella carga resulte agravada por sucesivos vencimientos de intereses y devengos de costas procesales. Mas es discutible que para que el tercero se beneficie del límite del artículo 114 LH haya de aparecer antes de la nota marginal de existencia del procedimiento y si el Tribunal Supremo lo mantiene es para llegar a una solución justa en el caso concreto.

f) *Los intereses devengados durante el procedimiento a los que no alcanza el límite del artículo 114 LH serán los moratorios. En el caso excepcional de que durante el procedimiento también se devenguen intereses remuneratorios es dudoso que no se vean afectados por este límite.*—Los intereses devengados durante el procedimiento serán normalmente intereses moratorios y son a los que se refieren la doctrina y jurisprudencia del número anterior cuando mantiene que no les afecta el límite del artículo 114 LH. Pero en el supuesto excepcional de devengo de intereses remuneratorios durante el procedimiento, no hay razón para negar que les afecte el límite del artículo 114. Estos supuestos excepcionales pueden darse si el acreedor ejecuta la hipoteca sólo por los intereses impagados<sup>89</sup> o, en el supuesto de préstamos de amortización gradual, sólo por las cuotas adeudadas, como es el caso de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de noviembre de 1995<sup>90</sup>. Como en estos casos el préstamo sigue vivo, durante el procedimiento se devengarán intereses remuneratorios. Pienso que con el precio de la ejecución se podrán entregar no

---

<sup>88</sup> *Que si en doctrina científica se señalan distintos criterios para la fijación del momento a que se refiere el artículo 114, el más generalmente admitido de acuerdo con el sentido de la Ley y de la jurisprudencia —resolución de 10 de diciembre de 1898— lo remite a la iniciación del procedimiento judicial a instancia de un acreedor hipotecario, y más concretamente a la fecha de... la nota marginal en el especial sumario... y serán hipotecarios los intereses vencidos hasta el límite de los tres años inmediatamente anteriores...* (Considerando Tercero).

<sup>89</sup> No será lo normal, sino que esperará a que venza el préstamo para no tener que emprender luego otra ejecución hipotecaria o pactarán una cláusula de vencimiento anticipado por impago de intereses

<sup>90</sup> RGD 1996, p. 4242. Lo normal es que ante el impago de cuotas, en aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado que se suele pactar, se dé por vencido el préstamo y se reclame todo.



sólo los intereses reclamados en la demanda sino los vencidos posteriormente que se le adeuden. Ahora bien, si en el momento de presentar la demanda se adeudaban 2,5 años de intereses, se habían pactado tres años de intereses garantizados frente a terceros y el procedimiento había durado un año, de forma que al final se debían al acreedor 3,5 años de intereses remuneratorios, es dudoso que con el precio de la ejecución se le puedan pagar, si hay terceros, más de tres años. La razón es que en el caso de intereses moratorios el acreedor, al presentar la demanda, ya no puede hacer nada más para cobrarlos y, por tanto, no le puede perjudicar la duración del procedimiento. Pero en este caso la duración del procedimiento no le perjudica necesariamente, pues puede interponer otra demanda hipotecaria ya que la ejecución por los intereses o por las cuotas vencidas no pagadas deja subsistente la hipoteca (art. 135, párrafo segundo, LH<sup>91</sup>).

g) *El problema de la anualidad corriente: los años se cuentan a partir del primer día del período de intereses devengados no pagados. Esta fórmula permite que, aleatoriamente, la anualidad corriente varíe de uno a doce meses.*—Recordemos que la fórmula empleada por el artículo 114 —*parte vencida de la anualidad corriente* y no dos o tres anualidades— plantea dos interrogantes: B1) ¿Entre qué dos fechas se han de encuadrar los 365 días que forman un año? B2) La parte vencida de la anualidad corriente puede dar entrada a la arbitrariedad.

En cuanto al primer interrogante (B1) la respuesta es que los años se cuentan a partir del primer día del período de intereses devengados no pagados. Es decir, si el préstamo se toma un 15 de febrero y los intereses han de pagarse mensualmente, el 15 de cada mes, y el 15 de junio deja de atenderse el pago correspondiente a los intereses devengados entre el 15 de mayo y el 15 de junio, el punto de partida de la anualidad corriente será un 15 de mayo. Tanto la doctrina francesa<sup>92</sup> —cuando la redacción del artículo 2151 del *Code* planteaba este problema, antes de su modifi-

<sup>91</sup> Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuera necesario enajenar la finca hipotecada, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

<sup>92</sup> MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon. Privilèges et Hypothèques*, 2.ª parte, París, 1856, núm. 1.016, p. 952) pone el siguiente ejemplo: el acreedor inscribe la hipoteca el 1 de febrero de 1850; cobra los intereses hasta el 1 de febrero de 1852 y el 1 de octubre de 1854 el acreedor presenta la demanda de *collocation* —recordemos que para *Marcadé* es éste el momento inicial del cómputo—. Y entiende que la anualidad corriente es la que va de 1 de febrero de 1854 a 1 de octubre de 1854. Aún nos podría quedar la duda si la fecha que señala la anualidad es la de la inscripción de la hipoteca, pues en este ejemplo coincide con la fecha en que se dejan de pagar intereses, pero —aparte de que no hay razón para ello— *Marcadé* nos saca de dudas cuando al computar las anualidades garantizadas, lo justifica diciendo *pues, en nuestra hipótesis, los intereses han sido exactamente pagados hasta el 1 de febrero de 1852*. En el mismo sentido se pronuncian BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES (*Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1906, núm. 1.730, p. 22): ... *hay que buscar cuál es el punto de partida (del año corriente). Hasta estos últimos tiempos la cuestión no parece haber presentado ninguna dificultad. Incluso los autores no la examinan; es de pasada y sin insistir como Aubry et Rau, por ejemplo, indican como punto de partida el último vencimiento de intereses... Hace falta, pues, ir al título del crédito. Éste indica la época en la que los intereses son*

cación por la Ley de 17 de junio de 1893— como la española<sup>93</sup> coinciden. Y además, es un punto que —como decían Baudry-Lacantinerie y De Loynes— los autores mencionan de pasada, como si no fuera necesario detenerse por considerar evidente su tratamiento. Y, efectivamente, si estamos hablando de anualidades de intereses impagados ¿qué otra manera cabe de empezar a contarlas sino desde la fecha del devengo del primer día de interés impagado?<sup>94</sup>

*exigibles, la fecha de su vencimiento anual. El punto de partida de la anualidad corriente se fija así...*

<sup>93</sup> Esta precisión ya la había hecho TERRY Y MORELL (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1928, t. III, pp. 743 *in fine* y 744): En un ejemplo en que la hipoteca se constituye en abril de 1900, el deudor deja de pagar intereses a partir de abril de 1905 y el acreedor reclama en junio de 1907, estima que la parte vencida de la anualidad corriente es de abril a junio de 1907. MONTERO LEÓN (*La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado*, RCDI 1963, pp. 620 y 623, últimos párrafos) también parece admitir esta periodificación de la anualidad corriente (no parece que sus posibles divergencias a la teoría en función de la cual pone el ejemplo citado —p. 620—, le lleven a una postura diferente en este punto concreto) empleando una fórmula bien precisa: *si el crédito comenzó a devengar intereses impagados en 1 de agosto de 1950 y se ejecuta en 1 de septiembre de 1960... un mes de la anualidad corriente, o sea, el de agosto de 1960...* ROCA SASTRE (ROCA SASTRE Y ROCA-SASTRE MONCUNILL, *Derecho Hipotecario*, t. IV-1.º, Barcelona, 1979, p. 597), si interpretamos adecuadamente sus palabras, también mantiene la misma postura: *Las anualidades se contarán por aniversarios de la fecha en que el crédito empezó a devengarlos*. Si las interpretamos literalmente parece que si el crédito se tomó y, por tanto, empezó a devengar intereses un 1 de junio, con vencimientos trimestrales, y el deudor no atiende los intereses devengados a partir del 1 de enero, el punto de partida de la anualidad corriente es el 1 de junio y no el 1 de enero. Pero pienso que se deben interpretar las palabras de Roca Sastre en el sentido de referirse al aniversario de la fecha en que el crédito comenzó a devengar intereses *impagados*, es decir el 1 de enero. MUÑOZ VILLALÓN (*Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora en Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Colegio de los Registradores, Madrid, 1991, p. 136) emplea la misma fórmula de Roca Sastre —y por tanto cabe hacer la precisión realizada anteriormente—: año que no es el año natural, sino contado a partir, desde el momento en que el crédito empezó a devengar interés; por ejemplo si el crédito comienza a devengarlos al 10 de septiembre de 1989, el año o la anualidad se producirá el 10 de septiembre de 1990.

<sup>94</sup> Sin embargo, en Francia, como explican BAUDRY-LACANTINERIE Y DE LOYNES (*Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1906, núm. 1.730, p. 22) hubo quien pensó de otra manera, *Colmet de Santerre*, para quien el punto de partida de la anualidad corriente es el aniversario de la inscripción de la hipoteca y los justifica así: Se trata, en efecto, de intereses cubiertos por la inscripción; hemos establecido que esta inscripción no tenía por objeto las anualidades ya vencidas o la fracción que la precede; hablar de años de intereses cubiertos por la inscripción es, pues, enfocar el curso de las anualidades desde la inscripción, pues ella no cubre sino los intereses de los años posteriores. Y he aquí las objeciones que le formulan Baudry-Lacantinerie y De Loynes: *está en oposición con la intención de las partes y la terminología... Un año de intereses se calcula según el título y no según la inscripción. Sería extraño que el legislador no hubiera tomado estas expresiones en su sentido ordinario. Por otro lado, es difícil imponer al acreedor la obligación de indicar especialmente y anotar al margen los intereses devengados desde la fecha del contrato hasta la fecha de la inscripción. ¿Acaso estos intereses no forman parte del año corriente en el momento en que la inscripción es requerida? ¿Acaso, si el orden se abriera antes de expirar este año, el acreedor no tendría derecho de ser clasificado por los intereses de toda la anualidad? ¿No basta que el acreedor haya mencionado en la inscripción que el crédito producía intereses, haya indicado el punto de partida de estos intereses y haya hecho figurar, por referencia y sin anotarlos al margen, los dos años y el año corriente? Remarquemos también que el artículo 2151, derogando los principios, prohíbe tomar inscripción en garantía de los intereses antes de*

En cuanto al segundo interrogante parece que hay que constatar que efectivamente es así y que hubiera sido más lógico hablar de anualidades completas<sup>95</sup>. En efecto, partiendo de que los intereses se dejan de pagar un 1 de junio y de que el inicio del cómputo retrospectivo del límite de anualidades garantizados es la fecha de celebración de la subasta, si ésta se celebrase un 1 de julio la anualidad corriente se reduciría a un mes mientras que si se celebrase un 1 de mayo se ampliaría a once meses. Es significativo que la Ley de 17 de junio de 1893 sustituyese, en

---

*su vencimiento... ¿cómo podría el acreedor, entonces, pedir la inscripción por la fracción del año en curso, pues aún no ha vencido?*

<sup>95</sup> Ya MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon. Privilèges et Hypothèques*, 2.<sup>a</sup> parte, París, 1856, núm. 1017, pp. 953 y 954) hacía notar que el año corriente podía variar de uno a trescientos sesenta y cinco días; y, desde este punto de vista, el principio de la publicidad no se ve completamente atendido, ya que el tercero que quiera contratar con el propietario de un inmueble gravado con la hipoteca no puede, consultando la inscripción, calcular exactamente las sumas garantizadas... Además, se puede objetar que este sistema conduce a desigualdades chocantes... por ejemplo, el acreedor a quien se le deben intereses de tres años y un día es tratado menos favorablemente que al que tiene que reclamar tres años menos un día, puesto que este último tiene garantizados todos los intereses, mientras que el primero sólo los de dos años y un día. Y acaba proponiendo la modificación de la ley, lo cual efectivamente sucedió. BAUDRY LACANTINERIE Y DE LOYNES (*Traité Théorique et pratique de Droit Civil. Des Privilèges et Hypothèques*, t. III, París, 1906, núm. 1731, p. 23) explicaban que la fórmula de la anualidad corriente, vertida en la redacción originaria del artículo 2151 del *Code*, presentaba inconvenientes: la anualidad corriente, dependiendo de la época en la que se produce el acontecimiento que la fija, comprende un número más o menos considerable de meses o de días y es difícil encontrar una buena razón para esta singularidad. Parece que MONTERO LEÓN (*La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado*, RCDI 1963, p. 623) tampoco encuentra justificación a la parte vencida de la anualidad corriente cuando exclama: *Cuánto más fácil y lógico sería establecer una garantía máxima de tres anualidades sin determinación de tiempo*. MORELL Y TERRY (*Comentarios...*, t. III..., p. 743) también se plantea: *¿Por qué ese pico, esa parte vencida de una anualidad? ¿No hubiese sido más fijo y práctico marcar dos años, tres años, cuatro años, sin pico variable? ¿A qué momento se refiere la anualidad corriente? ¿Al tiempo de la adquisición de derechos por los terceros, al de la inscripción de esos derechos, al tiempo de la reclamación por el acreedor, o al del vencimiento de la deuda? El momento de la adquisición como el de la inscripción es natural que sea variable y en él se explica lo de la parte vencida de una anualidad. Pero el momento de la reclamación es también variable como dependiente de la voluntad del acreedor...* En mi opinión, Morell justifica que la ley pueda —en el mero sentido de posibilidad material— hablar de anualidad corriente, pero no que sea razonable. Quizás, no una justificación de la bondad de la fórmula, sino una explicación histórica sea la siguiente: El antecedente del artículo 2151 del *Code* es el artículo 19 de la ley de 121 de brumario, año VII, según el cual, el acreedor tenía derecho a que los intereses de dos años tuvieran el mismo rango hipotecario que el capital. El legislador del *Code* quiso ampliar este plazo y como le pareció que dos años eran insuficientes, sin atravesarse a llegar a tres, lo dejó en dos años y la parte vencida de la anualidad corriente. O utilizó este otro razonamiento: si la ley está dispuesta a conceder al acreedor un plazo de dos años antes de reclamar los intereses impagados, sin que ello le perjudique, las anualidades de intereses garantizados por la hipoteca han de exceder las dos. Porque si el acreedor no reclama hasta que pasen los dos años, los intereses devengados con posterioridad ya no podrán estar garantizados por la hipoteca, y de allí que el artículo 2151 del *Code* añadiera el pico de la anualidad corriente. Claro que esta explicación sólo es coherente: a) si pensamos que el momento inicial del cómputo retrospectivo es un momento posterior a la reclamación del acreedor y se cuentan los intereses devengados durante el procedimiento a efectos de cómputo del límite legal, o b) si, aun siendo el momento de la reclamación, los intereses devengados durante el procedimiento están sometidos al límite legal.

el artículo 2151 del *Code*, la mención de dos años y anualidad corriente por la de tres años. Pero mientras el artículo 114 de la LH no se modifique los tribunales no pueden conceder tres anualidades de intereses garantizados por la hipoteca, como parece hacer la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991<sup>96</sup>, en lugar de la anualidad corriente y dos más, aunque ello les represente la dificultad de averiguar cómo se computa la anualidad corriente.

h) *Problema que plantea la variabilidad de la cuantía de intereses en la aplicación del artículo 114 LH. El Tribunal Supremo –en el supuesto de préstamos de amortización gradual– ha decidido que la variabilidad de los intereses no afecta a la cifra de intereses garantizados frente a terceros que será la misma cualesquiera que sean las fechas de las anualidades que se computen.*—Este problema puede venir originado tanto por la variación del tipo de interés (interés variable), como por la variación de la cuantía de la obligación garantizada por la hipoteca (préstamos de amortización gradual<sup>97</sup> o cuentas corriente de crédito<sup>98</sup>), que, lógicamente, repercutirá en la cuantía de los intereses devengados.

Para los préstamos de amortización gradual la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991<sup>99</sup> estima que, a efectos del artículo 114, la cuantía de intereses es constante sin tener en cuenta su variabilidad a lo largo de la vida del préstamo: el artículo 114 LH no plantea *problemas interpretativos cuando se trata de préstamos de vencimiento único e interés fijo*<sup>100</sup>, aunque sí se suscitan en el caso de préstamos de amortización gradual en los que éste se realiza mediante el pago de cuotas periódicas de cuantía determinada en la escritura de constitución del préstamo hipotecario y compuestas de dos sumandos, uno que representa la cantidad destinada a amortización del capital que va aumentando a lo largo del plazo de duración del préstamo, el otro representativo de la cantidad des-

<sup>96</sup> Aranzadi 2219. En el Fundamento de Derecho Segundo, hacia el final, señala que el importe de los intereses garantizados frente a terceros es el de tres anualidades y, si bien es verdad que el texto de la sentencia no ofrece datos suficientes para computar la anualidad corriente, sería una enorme casualidad que ésta coincidiera con todo un año.

<sup>97</sup> El deudor acostumbra a pagar cuotas periódicas compuestas de dos sumandos variables, uno creciente, por capital, y otro decreciente, por intereses, pero que suman una cifra constante a lo largo de la vida del préstamo.

<sup>98</sup> El prestatario goza de una cifra máxima de crédito dentro de la cual puede utilizar la que desee y disminuir la cifra utilizada mediante los correspondientes ingresos en la cuenta.

<sup>99</sup> Aranzadi 2219. Sigue el criterio ya mantenido por la RDGRN de 27 de julio de 1988, ADGRN, Fundamento de Derecho 2 d), p. 246.

<sup>100</sup> Los podría presentar si, por ejemplo, no se pagasen los intereses del primer año de un préstamo a diez, pero sí todos los demás. Si al finalizar el plazo del préstamo el deudor no devolviera el capital y se ejecutase la hipoteca aunque los intereses debidos ascienden sólo a una anualidad, como ésta es de fecha anterior a las dos anualidades y la anualidad corriente del artículo 114, surge el problema de si queda cubierta por la hipoteca. Mas el planteamiento del supuesto de hecho parece incorrecto. Los pagos en concepto de intereses se imputarán a la deuda de intereses de fecha más antigua, de manera que la anualidad que realmente queda impagada en el ejemplo es la última y no la primera. Por tanto, es cierto que en los préstamos de vencimiento único e interés fijo no se plantean estos problemas interpretativos de aplicación del artículo 114 LH.

*tinada al pago de intereses que, a la inversa que el anterior, disminuye a lo largo del plazo de amortización* <sup>101</sup>... *La estipulación de este sistema gradual de amortización no afecta al sistema de límite máximo legal adoptado por la Ley Hipotecaria en su artículo 114 en orden a la extensión de la garantía hipotecaria respecto a los intereses devengados por el crédito, frente a terceros... la cuantía de los intereses asegurados en perjuicio de tercero, ha de ser la misma durante toda la vigencia del préstamo...* (Fundamento de Derecho Segundo). Así, en el supuesto contemplado por la sentencia, en que se había pactado un interés anual del 11,5 por 100 y el capital prestado era de 12 millones (Fundamento de Derecho Primero, b, 1), cada anualidad de interés garantizada por la hipoteca es el resultado de aplicar el tipo de interés anual al capital prestado, es decir, 1.380.000 pesetas, por lo que los intereses asegurados frente a terceros ascienden a 4.140.000 pesetas y no son las cantidades de intereses que figuran en las cuotas de amortización a satisfacer en los tres últimos años de vigencia del préstamo (Fundamento de Derecho Segundo, hacia el final) <sup>102</sup>. Ahora bien, este cálculo de la cuantía de la anualidad de interés garantizado presenta una objeción. Aplica el tipo de interés anual pactado al capital total prestado. Pero la cuantía total de intereses remuneratorios a pagar en los préstamos de amortización gradual no resulta de aplicar el tipo de interés anual al total del capital durante los años de duración del préstamo, sino que es menor, ya que la cantidad prestada va disminuyendo progresivamente. Por tanto, ¿no sería más correcto entender que la anualidad de interés garantizada es el resultado de dividir la cifra total de intereses a pagar entre el número de años de duración del préstamo? La desventaja de esta propuesta es que exige un cálculo más complejo <sup>103</sup> y que en la inscripción hipotecaria figure el cuadro de amortización del préstamo con detalle de los intereses incluidos en cada cuota a pagar, para que los terceros puedan, mediante la consulta del Registro, conocer la cuantía de intereses por los que responde la finca. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 cita la RDGRN de 27 de julio de 1988 <sup>104</sup> como antecedente de la

<sup>101</sup> Las entidades financieras adoptan este sistema por razones comerciales, pues así se consigue que la cuota periódica a pagar por el cliente sea constante durante toda la vida del préstamo, lo cual le clarifica las cosas. Y para conseguir que el cliente pague una cuota constante, ya que la cantidad a pagar por intereses ha de ser por fuerza decreciente, al ir disminuyendo gradualmente la cantidad prestada, la cantidad a pagar por amortización del capital ha de ser creciente.

<sup>102</sup> No entramos en la cuestión de por qué el Tribunal Supremo entendió que la hipoteca garantizaba tres anualidades y no dos anualidades y la parte vencida de la anualidad corriente, como ordena el artículo 114 LH. Aunque la sentencia no ofrece datos suficientes sería una casualidad que la anualidad corriente, calculada según lo expuesto más arriba, coincidiera con todo un año.

<sup>103</sup> Con el cálculo del Tribunal Supremo la cuantía de la anualidad de interés garantizada se halla mediante una sola multiplicación, mientras que el otro cálculo exige una suma de bastantes sumandos, tantos como cuotas periódicas a pagar, ya que éstos son la cifra de intereses incluida en cada cuota y una división, esta operación más rápida, entre el número de anualidades de vigencia del préstamo.

<sup>104</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1988*, p. 246. Fundamento de Derecho 2 d): ... *la hipoteca asegurada no puede exceder en ningún caso*

solución que propone al resolver un supuesto en que no se discutía este problema sino si los intereses moratorios cuya garantía hipotecaria no se había pactado expresamente podían cobrarse con el precio del remate.

En el caso de cuentas corrientes de crédito el supuesto es análogo al de los préstamos con amortización gradual y pienso que el Tribunal Supremo, de aplicar el mismo criterio, habría fallado que la hipoteca cubre los intereses no efectivamente devengada durante las fechas que delimitan la anualidad corriente y las dos anteriores, sino intereses por la cuantía correspondiente a haber utilizado el máximo de disponibilidad<sup>105</sup> durante un período de tiempo de igual duración que el formado por la anualidad corriente y las dos anteriores, con independencia de las fechas de devengo de los intereses efectivamente adeudados; es decir, aunque éstos se retrotraigan en el tiempo más allá de la segunda anualidad a la que se refiere el artículo 114 LH. En el supuesto de préstamos a interés variable también se da la razón de analogía —aunque la variabilidad derive no de la de la cuantía de la obligación garantizada, sino de la del tipo de interés— y, por tanto, el Tribunal Supremo, de aplicar el mismo criterio, habría entendido que la cuantía de intereses cubiertos por la hipoteca no es la efectivamente devengada durante las fechas que delimitan el período de tiempo de intereses garantizados, sino la que se habría devengado de haber alcanzado el tipo de interés el límite máximo pactado durante todo un período de tiempo de igual duración que el formado por la anualidad corriente y las dos anteriores.

En la medida en que el artículo 114 pretenda dar certeza a los terceros de la cuantía garantizada por la hipoteca y, por tanto, de la solvencia patrimonial del deudor —dejando a un lado ahora la cuestión de su oportunidad a la que ya me he referido—, sin querer, además, sancionar al deudor negligente en la reclamación de los intereses impagados, la solución dada por el Tribunal Supremo está justificada. Sólo si el acento de la finalidad del artículo 114 fuera castigar al deudor negligente, tendría sentido que los intereses garantizados fueran los realmente correspondientes a las fechas de las anualidades garantizadas, según el cómputo al que nos hemos referido.

i) *Es dudoso que la solución del Tribunal Supremo se ajuste a lo ordenado por el artículo 114 LH.*—Ya hemos visto que el artículo 114 garantiza frente a terceros los intereses devengados y no pagados durante las fechas del período temporal concreto que establece y no una cuantía teórica de intereses resultante de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante el número de meses comprendidos en las

---

*de 3.720.000 pesetas (el capital, más la cantidad fijada para costas, más de dos anualidades de intereses, al tipo estipulado, sobre el total del préstamo), cualquiera que fuere la forma de amortización —gradual o de una sólo vez al vencimiento—, los períodos de devengo del interés, etc.*

<sup>105</sup> Obsérvese que en este caso no se consigue totalmente la finalidad del 114, en cuanto que pretende evitar que el tercero piense que la hipoteca responde por intereses ya pagados, pues en este caso el tercero ha de contar con que la hipoteca responde por intereses como si se hubiera utilizado todo el crédito disponible, lo cual no tiene por qué ser así.

dos últimas anualidades y la corriente, prescindiendo de las fechas de devengo de los intereses impagados. Por eso, aunque la decisión del Tribunal Supremo está dentro de la finalidad principal del artículo 114, es dudoso que se ajuste a la manera en que la ley ha determinado se debe cumplir. La postura del Tribunal Supremo se justifica, como veremos, por razones prácticas, pero para fundamentarla correctamente en el artículo 114 LH hay que reformar éste. En efecto, según su tenor literal, la hipoteca garantiza los intereses efectivamente impagados devengados entre las fechas concretas que limitan la anualidad corriente y las dos anteriores y no una cuantía de intereses equivalente a la devengada durante un período de tiempo de igual duración al formado por la anualidad corriente y dos más, cualquiera que sea la fecha de devengo de los intereses impagados. Está claro que el legislador, al referirse a *los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente*, ha querido limitar los intereses cubiertos por la hipoteca frente a terceros por referencia a su fecha de devengo y no simplemente señalar la cuantía de intereses garantizados por referencia a un número de anualidades; si hubiera pretendido esto es dudoso que hubiera incluido un período de tiempo variable, la anualidad corriente, y le bastaría haber dicho dos años y no los dos últimos años transcurridos. Tanto los comentaristas del artículo 114 de la Ley Hipotecaria como los de las normas paralelas de los Códigos civiles francés e italiano, en los ejemplos que ponen y que ya hemos visto, interpretan que quedan garantizados los intereses efectivamente devengados dentro de las fechas en que se encuadran la anualidad corriente y las dos anteriores<sup>106</sup>. Dicho de otra forma, aunque la razón de ser primordial del legislador, al promulgar una norma como el artículo 114, fuera la de fijar frente a terceros un máximo de responsabilidad hipotecaria para no disminuir la solvencia real del deudor, secundariamente sanciona al acreedor negligente que deja transcurrir el tiempo sin reclamar intereses, pues los intereses devengados y no cobrados de una antigüedad superior a la señalada por el 114 ya no quedan cubiertos por la hipoteca.

Es cierto que la solución del Tribunal Supremo es más sencilla y, quizás, consigue mejor la finalidad del 114 de que los terceros puedan cono-

<sup>106</sup> Estos ejemplos no pretenden ahora ilustrar la manera adecuada de determinar las fechas del período de intereses devengados cubiertos por la hipoteca, sino que la cifra de intereses garantizados por la hipoteca se fija en relación a un período de tiempo determinado y no a un número de anualidades con independencia de su localización temporal. MORELL (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. III, Madrid, 1928, pp. 743 al final y 744), en un ejemplo en que la hipoteca se constituye en abril de 1990, el deudor deja de pagar intereses a partir de abril de 1905 y el acreedor reclama en junio de 1907, estima que los intereses cubiertos por la hipoteca son los devengados entre abril de 1905 y junio de 1907. MARCADÉ (*Explication du Code Napoléon. Privilèges et Hypothèques*, 2.ª parte, París, 1856, núm. 1016, p. 952) en un ejemplo en que se pagan los intereses devengados hasta 1 de febrero de 1852 y se presenta la demanda de *collocation* (momento en el que, según él, se han de comenzar a contar retrospectivamente las anualidades de intereses garantizados) el 1 de octubre de 1984 estima que los intereses cubiertos por la hipoteca son los devengados entre el 1 de octubre de 1854 y 1 de febrero de 1854 (los correspondientes a la anualidad corriente, antes de que se suprimiera su mención) y los devengados entre 1 de febrero de 1852 y 1 de febrero de 1854, los correspondientes a los dos años últimos).

cer un máximo de garantía por intereses. En efecto, basta al tercero consultar en el Registro la inscripción de la hipoteca, averiguar el tipo anual pactado de intereses remuneratorios y el capital prestado, y multiplicar uno por otro durante las anualidades garantizadas, para saber el máximo de intereses cubiertos por la hipoteca. En cambio, la solución que, en mi opinión, da el artículo 114 de estimar cubiertos por la hipoteca los intereses efectivamente devengados y no pagados durante el período de tiempo que señala, en el caso de préstamos de amortización gradual, exige del tercero, para saber la cifra máxima de la que responde la hipoteca, una operación más compleja –sumar la parte de intereses que corresponde a las cuotas que había de haber pagado durante este período de tiempo– y que la inscripción de la hipoteca recoja el cuadro de amortización del préstamo donde pueda consultar los datos necesarios para realizarla.

Esta forma de computar intemporalmente la cuantía de los intereses garantizados por la hipoteca frente a terceros ha sido adoptada por algunas resoluciones de las Audiencias. Así los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 1992<sup>107</sup> y 22 de febrero de 1993<sup>108</sup>. No voy a insistir en que tal forma de cálculo no se ajusta al artículo 114 LH.

j) *El límite del 114 LH como una cuantía teórica de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante el tiempo determinado por la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anualidades anteriores, prescindiendo de las fechas de devengo de los intereses impagados, o como los intereses efectivamente devengados y no pagados durante el período temporal concreto en que se sitúa la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anteriores: consecuencias de entenderlo de una forma o de otra.*—En un préstamo en que los intereses son constantes, ambas interpretaciones dan el mismo resultado. Si el 1 de enero de 1990 se celebra un contrato de préstamo hipotecario de 10 m de pesetas a devolver al cabo de 10 años con unos intereses del 10 por 100 anual y, a efectos del artículo 114 LH, se garantizan tres años de intereses, la cuantía de éstos será la misma se aplique una u otra teoría. Sólo se llegarán resultados distintos si admitimos que el deudor puede imputar el pago de intereses a anualidades recientes dejando impagadas anteriores, lo cual no parece posible<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> RGD 1992, p. 12055. Estimó el recurso del ejecutante (Fundamento de Derecho Quinto, hacia el final) que sostenía que la hipoteca cubría frente a terceros una cuantía de intereses –se había pactado una garantía de cinco años– igual al resultado de aplicar el tipo de interés pactado a la totalidad del capital prestado durante cinco años [Fundamento de Derecho Segundo, f)] aunque no siempre se había utilizado la totalidad del capital [Fundamento de Derecho Segundo, b)].

<sup>108</sup> RGD 1993, p. 5156. Da por bueno el cálculo que hace el Juez hipotecario de hallar la cuantía de intereses garantizados frente a terceros aplicando el tipo de interés remuneratorios al capital prestado durante cinco años (también había pacto) (Fundamento de Derecho Cuarto), mas ante la ausencia de terceros, la Audiencia decide que no hay límite de cobertura hipotecaria por intereses.

<sup>109</sup> Por ejemplo, si el deudor paga los intereses de los dos primeros años (1990 y 1991), deja de pagar los de 1992, vuelva a pagar los de 1993, 1994 y 1995, pero no los de 1996. El acreedor interpone una demanda de ejecución hipotecaria el 1 de enero de 1997.



Pero cuando los intereses no son constantes, bien porque el tipo es variable o porque lo es la obligación garantizada (prestámos de amortización gradual o apertura de crédito en cuentas corrientes) los resultados no son los mismos si se adopta una interpretación u otra. Lo más frecuente es que las entidades financieras presten dinero en estas condiciones, pero también cabe pensar que no se dé el problema en la práctica porque la entidad financiera, desde que deja de cobrar intereses hasta que interpone la demanda de ejecución hipotecaria, no dejará pasar tanto tiempo como para que se plantee. Por ejemplo, en un supuesto como el objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 (préstamo de amortización gradual en que se pactan tres años de responsabilidad de intereses frente a terceros), el acreedor interpondrá la demanda de ejecución antes de que transcurran tres años desde que el deudor dejó de atender el pago de los intereses, por lo que no habrá duda de que todos los adeudados estarán garantizados. El problema se presentará si hubiera dejado pasar tres años y medio. Según el modo de computar los intereses garantizados frente a terceros, que entendemos correcto, según el artículo 114, sólo estarán garantizados los de los tres años anteriores a la demanda. Pero si entendemos que los intereses garantizados son los que caben en una cuantía teórica resultante de aplicar el tipo pactado a la totalidad del capital prestado durante tres años, podría ser que estuvieran cubiertos todos los intereses adeudados, ya que al haberse amortizado alguna parte del capital los intereses adeudados serían inferiores a esa cuantía teórica <sup>110</sup>.

Sería relevante en la práctica mantener una postura u otra en relación con los intereses moratorios si entendiésemos que el límite del 114 también afecta a los intereses moratorios devengados durante el procedimiento. En efecto, si el cómputo de la parte vencida de la anualidad corriente y de las dos anteriores (o, en su caso, de las pactadas) ha de hacerse retrospectivamente desde la fecha de la celebración de la subasta, sí que nos encontraríamos con que según una tesis los intereses moratorios garantizados frente a terceros serían los efectivamente devengados en ese período de tiempo y según otra todos los que cupieran dentro de la

---

Si entendemos que los intereses garantizados frente a terceros son los efectivamente devengados no pagados durante el período de los tres años anteriores a la reclamación judicial, éstos serán sólo los de 1996, pues los de los dos años anteriores 1994 y 1995 se han pagado y los de 1992 corresponde a una anualidad ya no garantizada por la hipoteca en perjuicio de tercero. En cambio si entendemos que los intereses garantizados frente a terceros son todos los que se hayan impagado, con independencia de cuando se hayan devengado, hasta una cuantía equivalente a tres años de intereses, también estarían garantizados los de 1992. Pero no parece que el deudor pueda imputar el pago a los de 1993 antes que a los de 1992.

<sup>110</sup> Aunque en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 el banco dejó probablemente dejó pasar los tres años, pues los intereses remuneratorios de tres años aplicables a todo el capital sumaban 4.140.000 pesetas, los adeudados al tiempo de solicitar la ejecución judicial de la hipoteca 4.097.102 pesetas (FD 4.º) y ya se había amortizado parcialmente el capital (en la demanda se reclamaron sólo 12 plazos semestrales de los 16 pactados, FD 1.º).

cuantía máxima de intereses moratorios aunque se hubieran devengado en un período de tiempo anterior. Mas como hemos visto, parece ser dominante la tesis de que a los intereses devengados durante el procedimiento no les afecta el límite del artículo. 114 LH, por lo que en la práctica, como en los remuneratorios las diferencias entre ambas interpretaciones del cómputo del artículo 114 LH se notará si el acreedor deja trascurrir mucho tiempo desde que el deudor comienza a no atender sus pagos hasta que interpone la demanda de ejecución hipotecaria.

## 5. ¿QUIÉN ES EL TERCERO DEL ARTÍCULO 114 LH?

a) *Terceros no son sólo adquirentes de derechos reales, sino también los acreedores personales del deudor que han obtenido una anotación de embargo; ¿y si no la han obtenido?*—Otro problema que suscita el artículo 114 es quién tiene la consideración de tercero. Como hemos visto, la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 habla de un adquirente del dominio de la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca. La doctrina admite que también tendrá la consideración de tercero el que adquiera cualquier derecho real limitado sobre la finca ajena. Pero se ha detenido aquí<sup>111</sup>. Esta doctrina tiene reflejo en alguna resolución judicial<sup>112</sup>. Ya no amplía la figura de tercero a otro acreedor del mismo deudor que obtenga, con posterioridad a la hipoteca, una anotación de embargo sobre la finca gravada, o que no la obtenga. Apartándose de la

---

<sup>111</sup> MORELL Y TERRY, José, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. III, Madrid, 1928, p. 740: *Tercero, en el artículo 114 es todo el que no ha intervenido como parte en la hipoteca inscrita, ya adquiera el dominio de la finca, ya otro cualquier derecho real*. ROCA SASTRE-ROCA-SASTRE MONCUNILL: *Derecho Hipotecario*, t. IV, 1.º, Barcelona, 1979, p. 596: *Cuando después de constituida la finca aparece un tercer adquirente de la finca o de un derecho real sobre la misma, la Ley Hipotecaria adopta el segundo sistema, o sea, el tope máximo de cobertura hipotecaria por intereses impagados*. MONTERO LEÓN, Juan Ignacio: *La extensión de la hipoteca a los intereses del crédito garantizado*, RCDI 1963, p. 614: *La doctrina ha aclarado que no sólo se trata del tercer poseedor de la finca hipotecada, sino de cualquier titular de un derecho real sobre ella y que sea de rango inferior a la hipoteca*. DíEZ PICAZO, Luis, «La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada», *La Ley*, 1992-4, p. 949: *Puede discutirse si el tercero del artículo 114 tiene que ser un adquirente de dominio o puede ser un adquirente de derechos reales diferentes. La tesis afirmativa, en relación con los titulares de hipotecas posteriores, encuentra un claro fundamento en los dispuesto en el artículo 116 y en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria*. Pero silencia que se pueda discutir si el tercero puede ser un titular de un derecho personal.

<sup>112</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 7 de marzo de 1994 (RGD 1994, p. 7106, Fundamento de Derecho Tercero, líneas 11 y 12) y Auto de 22 de julio de 1992 (RGD 1992, p. 12055, Fundamento de Derecho Tercero, líneas 13 y 14) habla de la protección del que adquiere la finca o constituye un derecho real; el Auto de la Audiencia Territorial de Granada de 10 de junio de 1987 (RGD 1988, p. 7501) se refiere al adquirente y al titular de otros gravámenes (Fundamento de Derecho Segundo). Mas habría que saber si las Audiencias incluyen las anotaciones preventivas de embargo en el concepto otros gravámenes y hay que tener en cuenta que se trataba de una *obiter dicta*, ya que en ninguno de los tres casos el concepto de tercero era el problema planteado.

opinión mayoritaria, Sancho Rebullida<sup>113</sup> incluye también los acreedores ordinarios del mismo deudor, máxime, en insovenia parcial del mismo y García García<sup>114</sup> y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 1995<sup>115</sup> no sólo al tercer poseedor, sino otros titulares y acreedores posteriores, siempre que hayan accedido al Registro.

En mi opinión, no hay duda de que los titulares de un derecho de crédito que hayan obtenido anotación preventiva de embargo están incluidos dentro del concepto de tercero del artículo 114 LH<sup>116</sup>; la duda está en relación con los que no la han obtenido. Que lo son los acreedores con anotación de embargo se deduce de que la LH (art. 131, regla 16) les concede derecho al sobrante y que los terceros perjudicados a los que se refiere el artículo 114 son precisamente los que tiene derecho al sobrante. En efecto, el perjuicio está en que cuantos más intereses se paguen con el precio del remate menos sobrante les queda.

E incluso se podría defender la inclusión, dentro del tercero del artículo 114 LH, de cualquier acreedor, aunque no haya obtenido anotación de embargo. Si la finalidad del límite del artículo 114 LH es fijar frente a terceros que contratan con el deudor la solvencia real, con la finalidad de facilitar el tráfico jurídico, también los acreedores personales serán terceros. Pero hay un obstáculo: el tercero del 114 ha de poderse cobrar con el sobrante. En efecto, si el acreedor hipotecario puede cobrarse con el precio del remate la totalidad de los intereses remuneratorios garantizados por la hipoteca cuando no hay perjuicio de tercero, éste ha de tener derecho al sobrante ya que de otra manera no podría salir perju-

<sup>113</sup> SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, en los *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ, t. III, vol. 2, Barcelona, 1991, p. 334.

<sup>114</sup> *El procedimiento...*, p. 124, al final y 125: ... tercero, éste no es solamente el tercer poseedor de la finca hipotecada, sino otros titulares y acreedores posteriores. Pero si tales terceros no tienen inscrito su título en el Registro, la ejecución les afectará más allá del tope previsto, dado lo dispuesto en el artículo 134 LH.

<sup>115</sup> Aranzadi Civil 2299: Como terceros protegidos por el tope legal de intereses que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria han de ser entendidos no sólo los que con posterioridad a la hipoteca... hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada... y todos aquellos que... sin haber adquirido... derecho real alguno... sean titulares de anotaciones posteriores a la inscripción de dicha hipoteca o de otros derechos que deban declararse extinguidos al realizarse el crédito preferente y hubieran inscrito sus derechos con posterioridad a aquélla (Fundamento de Derecho Segundo). En el supuesto contemplado los terceros eran los titulares de cuatro anotaciones preventivas de embargo posteriores a la hipoteca. También incluye a los titulares de antoaciones de embargo el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de octubre de 1992 (Actualidad Civil. Audiencias, núm. 2, 16-31 de enero, @118), aunque injustificadamente, en mi opinión, los limita a los terceros que hayan adquirido su derecho antes de la expedición de la nota marginal en la que se deja constancia de la existencia del procedimiento y que a los posteriores debe afectarles como carga de la finca los intereses vencidos hasta el momento en que se pagó (Fundamento de Derecho Cuarto).

<sup>116</sup> Sin embargo, MORELL Y TERRY (*Comentarios...*, t. III..., p. 742) entiende que el acreedor personal que anota un embargo, por ejemplo, no es tampoco, en el otro aspecto de la cuestión, el tercero a que se refiere el artículo 114... El crédito anotado no cambia de naturaleza por el hecho de la anotación; esta anotación sólo da preferencia respecto a créditos contraídos con posterioridad a ella.

dicado<sup>117</sup>. Y un acreedor que no ha obtenido una anotación de embargo sobre la finca hipotecada no tiene derecho al sobrante. No tiene mayor derecho sobre esa suma que el que tenga sobre cualquier otra que esté en el patrimonio del deudor. Ahora bien, aunque no tenga derecho al sobrante en cuanto tal, sí podría tenerlo en cuanto que, por ejemplo, haya obtenido un mandamiento de embargo una vez enajenada la finca en el procedimiento judicial sumario y el Juez decretase que recayera sobre el posible sobrante. En este caso, no veo razón para negarle el concepto de tercero al que ha obtenido un embargo no sobre la finca, sino sobre el sobrante.

La solución que propongo me parece correcta desde un punto de vista teórico, mas encuentra la dificultad operativa de que el legislador no ha podido tener en cuenta a los acreedores personales del deudor que no hayan anotado el embargo para notificarles el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria a fin de personarse y velar por sus intereses. Sin embargo, si éstos se enteran del procedimiento y comparecen pueden hacer valer su condición de terceros a los efectos del artículo 114 LH siempre que les fuera reconocida una pretensión al sobrante.

b) *No son terceros los herederos del deudor, el comprador de la finca hipotecada que se subroga en la posición del deudor ni el hipotecante no deudor.*—Hay bastante acuerdo en la doctrina<sup>118</sup> en no considerar tercero a los herederos del deudor, al tercer adquirente que se subroga en la posición del deudor ni al hipotecante no deudor, es decir, al hipotecante por deuda ajena. La primera exclusión es clara: los herederos del deudor son continuadores de la personalidad jurídica del difunto, ocupan el mismo lugar que éste tenía en las relaciones jurídicas que, al fallecer, deja vacantes. Y una razón similar se puede aducir para excluir de la condición de tercero al adquirente de la finca cuando se pacta, con consentimiento del acreedor, que el comprador ocupe la misma posición que tenía el deudor, quedando desligado éste de la obligación: de subrogarse no sólo en las responsabilidades hipotecarias, sino también en la obligación personal con ella garantizada, habla el artículo 118, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria. El adquirente no es un tercero frente a la relación

---

<sup>117</sup> En teoría aún podemos admitir que el tercero pueda salir perjudicado aunque no tenga derecho a cobrarse con el sobrante. Porque ese sobrante iría al deudor que aumentaría su patrimonio con el consiguiente beneficio del tercero que la responsabilidad patrimonial del deudor. Pero se trataría de un perjuicio muy remoto, menor que el perjuicio que sufriría el acreedor hipotecario de negársele toda la cantidad de derecho

<sup>118</sup> ROCA SASTRE - ROCA-SASTRE MONCUNILL: *Derecho Hipotecario*, t. IV, 1.º, Barcelona, 1979, p. 596, excluye a los herederos del deudor hipotecante. MORELL Y TERRY, *Comentarios...*, t. III..., p. 740, opina que *en el artículo 114, la ley supone que el tercer poseedor no quedó obligado al pago de la deuda, no se convirtió en deudor y en la p. 742 dice que el heredero no es el tercero a que el artículo 114 se refiere porque... no es tercero en relación al acreedor*. DÍEZ PICAZO, Luis, *La hipoteca y los intereses...*, p. 949: *Puede tenerse por cierta la idea de que la protección del artículo 114 no alcanza, como decía Roca Sastre a los herederos del deudor hipotecante, al hipotecante por deuda ajena, al simple poseedor y al tercero adquirente que se halla específicamente subrogado en la obligación garantizada.*

jurídica primitiva, sino que ha pasado a formar parte de ella. Conscientemente ha asumido todas las obligaciones y posición jurídica del deudor. Si frente a éste la hipoteca garantizaba todos los intereses, también los garantizará frente al adquirente que ha consentido en asumir su posición. Asimismo es justificable que el hipotecante no deudor no se vea afectado por el límite de la garantía por intereses que impone el artículo 114. El hipotecante sabe muy bien la cantidad por la que ofrece en garantía la finca, que será la cantidad de la deuda más la cantidad de los intereses <sup>119</sup>.

c) *Dentro del concepto de tercero también lo están los posteriores a la nota marginal del Registro de existencia del procedimiento.*—Hago esta precisión porque el Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de julio de 1941 <sup>120</sup>, excluye del concepto de tercero a los adquirentes posteriores a la nota marginal, criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 7 de marzo de 1994 <sup>121</sup> y Auto de 22 de julio de 1992 <sup>122</sup>. También hemos visto que un criterio jurisprudencial excluye a los titulares de derechos reales sobre la finca hipotecada posteriores a la nota marginal de la facultad de pagar el crédito y subrogarse en el lugar del acreedor. Por lo que respecta a la cuestión que ahora se plantea, no hay razón para excluir a los posteriores a la nota marginal del concepto de terceros a efectos del artículo 114 LH. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de julio de 1941 razona que los terceros posteriores a la nota marginal son advertidos por ésta de que la carga hipotecaria puede resultar gravada por sucesivos vencimientos de intereses y devengos de costas procesales, que, naturalmente, les han de afectar <sup>123</sup> y porque, si no, se pondría en manos del deudor la posibilidad de confabularse con un tercero mediante la transferencia del dominio para burlar los derechos del acreedor cerceñándole intereses que sin dicha transferencia serían exigibles en toda su extensión <sup>124</sup>. Tales argumentos son insuficientes: el problema de si los intereses procesales han de afectar o no a terceros es independiente de que éstos conozcan o no que se ha iniciado el procedimiento y el fraude también es posible conviniendo la transmisión del dominio cuando el deudor es requerido de pago, antes de asentar la nota marginal de expedición de cargas. Se puede discutir que el legislador limite los intereses cubiertos por la hipoteca en perjuicio de tercero para no disminuir injustificadamente su capacidad de crédito, pero una vez promulgada la norma hay que aceptarla como es y será tercero el que aparezca antes de que la finca haya salido del patrimonio del deudor. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12 de julio de 1941, contempla el supuesto de un tercer

<sup>119</sup> Sin embargo, SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, t. III, vol. 2, Barcelona, 1991, p. 334, opina que seguramente estará también protegido por la limitación el propietario constituyente de la hipoteca pero no deudor en la relación crediticia.

<sup>120</sup> Aranzadi 911, Considerando tercero.

<sup>121</sup> RGD 1994, p. 7106, Fundamento de Derecho tercero, al final.

<sup>122</sup> RGD 1992, p. 12055, Fundamento de Derecho, al final.

<sup>123</sup> Considerando quinto

<sup>124</sup> Considerando séptimo, al final.

adquirente posterior a la nota marginal (en 1926) que para pagar el crédito del acreedor hipotecario consigna una cantidad (en 1932), que no incluye los intereses posteriores a la iniciación del procedimiento ni las costas (en 1923). El tercer adquirente, amparándose en el artículo 114 LH, intenta eludir la consignación de los intereses devengados durante el procedimiento. El Tribunal Supremo seguramente entendió que sería injusto acceder a la petición del tercer poseedor y que debían afectarse los intereses vencidos hasta el momento en que pagó —año 1932— y las costas procesales en gran parte causadas a instancia del Banco al intentar la consignación, pedir liquidación de cargas e interponer múltiples recursos contra resoluciones judiciales que en su totalidad fueron adversos<sup>125</sup>. Es decir, no podía hacer pagar al acreedor hipotecario un retraso en el procedimiento que había estado causado por el tercer poseedor y ha de buscar un argumento para excluirlo de la protección del artículo 114 LH.

d) *El tercero del artículo 114 no es el mismo que el del artículo 34 y, por tanto, no ha de cumplir los mismos requisitos que éste*<sup>126</sup>.—El intento de aplicar al tercero del artículo 114 los requisitos exigidos por el artículo 34 LH al llamado tercero hipotecario es resultado de una interpretación del artículo 114 que no comparto. El artículo 114 no ha querido proteger, en virtud del juego de los principios registrales, al adquirente de un derecho real sobre la finca hipotecada y, por tanto, en mi opinión no cabe plantearse tal cuestión. El tercero viene protegido por el artículo 114 —con razón o sin ella— simplemente por ser tercero, porque el legislador ha pensado —con acierto o sin él— que tal limitación era buena para el tráfico jurídico. Ya Roca Sastre<sup>127</sup> puso de relieve que el tercero del artículo 114 no tiene nada que ver con el tercero del artículo 34, ya que en el problema objeto del primero no se da ningún supuesto de inexactitud registral, que es lo que contempla el artículo 34. El ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre

<sup>125</sup> Considerando Último.

<sup>126</sup> A veces se cita a Sanz como mantenedor de dicha tesis. Pero parece que su postura es más matizada (Ver SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947 pp. 443 y ss.). Comienza diciendo dicho autor que «parece a primera vista... que... (el art. 114) no se refiere sólo al tercer poseedor, sino a tercero, es decir, a titular inscrito protegido por la fe pública, que debe reunir los requisitos del artículo 34...». Mas en el párrafo siguiente matiza: «Si surge un tercero, sea un acreedor hipotecario posterior o un tercero poseedor, es aplicable el artículo 114, el cual se puede explicar en una doble forma: 1.º Como regla de prelación del crédito hipotecario; en este aspecto ha de considerarse cuándo la cuestión se plantea frente a créditos hipotecarios posteriores, y entonces será precisa la inscripción para que los titulares de éstos tengan la consideración de terceros protegidos. 2.º Como regla de determinación del alcance del gravamen hipotecario sobre la finca; en este aspecto, que es el que interesa desde el punto de vista del tercer poseedor, no es necesaria la inscripción de este último. Y es que en el primer caso entran en juego los principios hipotecarios, en tanto en el segundo se trata de un problema de contenido de la hipoteca frente al dueño no hipotecante, problema que es independiente de la aplicación de aquéllos».

<sup>127</sup> ROCA SASTRE- ROCA-SASTRE MONCUNILL, *Derecho Hipotecario*, t. IV, 1.º, Barcelona, 1979, p. 319.

de 1995<sup>128</sup> también incluye a los adquirentes del dominio o de un derecho real sobre la finca hipotecada aunque no hayan inscrito su derecho (Fundamento de Derecho Segundo).

De todas formas paso a dedicar un apartado a exponer la literatura que se ha vertido sobre el tema.

La exigencia de que el tercero inscriba su adquisición en el Registro ha sido mantenida por varios autores (Morell y Terry, *Comentarios...*, p. 742, tercer párrafo, al final; Montero León, *La extensión...*, p. 616; Camy y Sánchez Cañete, Buenaventura, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, t. VI, Pamplona 1972, p. 343, segundo párrafo, 346, al final y 175, cuarto párrafo; García García, *El procedimiento...*, Madrid, 1994, p. 124 y 125) basándose en los artículos 32, 313 y 134 de la LH. En virtud del artículo 32 LH lo no inscrito no perjudica a tercero, luego la adquisición no inscrita no perjudica al acreedor hipotecario anterior. Por otro lado, el artículo 313 de la LH establece que los Tribunales no tendrán en cuenta los títulos que no se inscribieran en el Registro y el artículo 134 exige al tercer poseedor, adquirente del dominio de una finca hipotecada, acreditar la adquisición de su título si quiere intervenir en el procedimiento. Roca Sastre (*Derecho Hipotecario*, t. IV..., p. 319), en contra de esta opinión, puso de relieve que el tercero del artículo 114 no tiene nada que ver con el tercero del artículo 34, ya que en el problema objeto del primero no se da ningún supuesto de inexactitud registral, que es lo que contempla el artículo 34. Por lo tanto, al tercero del artículo 114 no se le han de exigir los requisitos de los artículos 34 y 32 (no entramos ahora en el problema de si el tercer hipotecario del art. 34 y el del art. 32 reúnen los mismos requisitos o hay un juego autónomo del art. 32). El artículo 32 está pensando que el adquirente de un derecho real no se vea perjudicado por una adquisición anterior no inscrita; está diciendo al acreedor hipotecario que su derecho no se verá perjudicado por un acto de gravamen o enajenación realizado antes que la constitución de su hipoteca por el titular registral, pero no inscrito en el Registro. Y para ello exige que el adquirente del derecho de hipoteca inscriba en el Registro –de manera especial en este supuesto, pues en la hipoteca la inscripción es constitutiva–. Pero el que la responsabilidad de la hipoteca en cuanto a los intereses se vea limitada por la adquisición de un tercero no es el supuesto de hecho contemplado por el artículo 32 de la LH. Aunque si al adquirente de un derecho real, para que sea protegido por el Registro, la Ley le exige la inscripción de su adquisición, ¿por qué no se va a exigir la inscripción al tercer adquirente del artículo 114 de la LH? Porque la protección del tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria tiene poco que ver con la protección registral. El tercero ya sabe que hay una hipoteca que grava la finca y la cuantía de los intereses de esa hipoteca, precisamente porque lo dice el Registro. Pero el legislador, a pesar de que el Registro avisa al tercer adquirente de que el

<sup>128</sup> Aranzadi Civil 1995, 2299.

bien está hipotecado en garantía de una obligación y de unos intereses, ha considerado conveniente limitar la responsabilidad de la hipoteca por los intereses. No entremos a hora a discutir si esta norma es razonable o no. Pero una vez en vigor no parece que tenga que ver con que el juego de la protección registral, sino más bien lo contrario, pues el Registro ya avisa al tercer adquirente de la responsabilidad por intereses. Por tanto no tiene justificación exigir al tercero del artículo 114 LH la inscripción en el Registro. Reparemos ahora en el artículo 313 de la LH y en el artículo 134 de la LH. El primero contiene una norma que, como dice la doctrina, estimula la inscripción y el segundo sería una aplicación del principio asentado en el artículo anterior. El titular de un derecho no inscrito no puede hacerlo valer ante los tribunales. Ciertamente que si lleváramos esta norma hasta sus últimas consecuencias habríamos convertido la inscripción prácticamente en constitutiva. Pero no parece que haya que ser tan rigurosos en la interpretación de esta norma. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 14 de junio de 1988, otorgó el amparo al adquirente de un bien hipotecado que no había inscrito su derecho en el Registro, por seguirse el procedimiento de ejecución hipotecaria sin ser requerido de pago, y conociendo el acreedor hipotecario la adquisición del bien. Como se ve, el Tribunal Constitucional no es de la opinión de que el titular no inscrito no puede hacer valer sus derechos en absoluto.

En cuanto a la buena fe del tercer adquirente que exige el artículo 34, como señala Uceda (*El art. 114 de la Ley Hipotecaria y la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento judicial sumario del art. 131 en Los Procesos Hipotecarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 73) es difícil enmarcarla en la figura del tercer adquirente del artículo 114. La primera se refiere a la creencia de que el titular registral es el verdadero y el derecho existe tal como consta en el Registro. En el supuesto del tercero del artículo 114 no tiene sentido referir la buena fe a estos extremos, pues no está en juego ningún problema acerca de la eficacia de la adquisición. En todo caso, la buena fe podría referirse a la ignorancia por parte del tercero de que todavía estaban pendientes de pago intereses ya vencidos. Uceda Ojeda, *ob. y lug. cit.*, refiere la buena fe al *hecho de la ignorancia o no de la existencia de una deuda mayor por intereses que la que aparece reflejada como límite de garantía en el Registro de la Propiedad*. Pero la deuda, propiamente, nunca será mayor que la reflejada en éste. En todo caso, se podría decir que si el deudor no paga los intereses vencidos, la deuda será mayor que la que tendría que ser si el deudor hubiera cumplido los pagos a tenor de lo reflejado en el Registro de la Propiedad. Pero no parece que la ley exija este requisito. Aunque dada la justificación de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 hubiera sido lógico exigir este requisito, parece que la ley ha querido otorgar una protección automática al tercer adquirente, protección quizás excesiva teniendo en cuenta la realidad del tráfico jurídico y de sus operadores en la sociedad actual. Díez Picazo (*La hipoteca y los intereses...*, p. 949) opina que *la regla de la protección del comercio jurídico y, por tanto, de los adquirentes parece primar sobre la protección de un acreedor retrasado en el*



*cobro. Por ello, la buena fe, no exigida por la norma, no puede en este punto funcionar.*

Por lo que respecta al requisito de la exigencia de la onerosidad de la adquisición, se plantea el problema de si el adquirente a título gratuito merece la misma protección que el adquirente a título oneroso. Planteado en estos términos la respuesta habría de ser negativa. Como dice Díez Picazo (*ob. y pp. cit.*) *no se ve razón de base para otorgar a los donatarios una protección distinta de la que tuviera el donante. Añade dicho autor: sin perder de vista la fácil vía de elusión de la deuda de intereses que se puede conseguir a través de la donación.* Aunque en la práctica quizás no tendría mucho interés el deudor en comportarse así, pues lo único que conseguiría es que una parte de los intereses no quedasen cubiertos por la hipoteca, pero no evitaría la venta forzosa de la finca y subsistiría la obligación de pago de los intereses. Se entendería que obrara así movido por la mala fe de perjudicar al acreedor. Sin embargo, Sancho Rebullida (*Elementos de Derecho Civil de Lacruz*, t. III, vol. 2, Barcelona, 1991, p. 334) considera que la exigencia de un título oneroso resulta discutible. Morell y Terry, *ob. cit.*, p. 742, entiende que es tercero a efectos del art. 114 el que adquiere la finca vía donación. Si pusiéramos el énfasis del fundamento del límite del artículo 114 en una razón de protección de terceros adquirentes es más defendible que el tercer adquirente no resulte beneficiado por este límite, ya que el adquirente a título gratuito no merece la protección que el adquirente a título oneroso. Pero si el énfasis de la justificación del límite lo pusiéramos en lo que tiene de sancionador para la incuria del acreedor que omite la reclamación de los intereses atrasados, sería defendible que también funcionase frente a un tercer adquirente a título gratuito.

### III. INTERESES VARIABLES

#### 1. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE TIPO DE INTERÉS VARIABLE

*Son válidas siempre que cumplan los requisitos legales.*—A finales de los años setenta se comenzó a extender la práctica de introducir en los préstamos bancarios cláusulas de intereses variables. Al poco tiempo surgió una normativa, con rango de Orden Ministerial, con la finalidad de protección del consumidor, en este caso, clientes de los bancos. Lógicamente, a estas cláusulas se les pueden aplicar las normas generales contenidas en el Código Civil, como la aplicaban los Registradores antes de la promulgación de esta normativa específica, y también como normativa general, pero directamente encaminada a la protección del consumo, la Ley de Defensa de los Consumidores a partir de 1984.

No voy a detenerme en el análisis de esta normativa que regula los requisitos necesarios para la licitud de las cláusulas de interés variable y, por tanto, para que accedan al Registro <sup>129</sup>. Me centraré en lo que hace referencia directa a la ejecución hipotecaria y, en concreto, en dos puntos: la necesidad de fijar un máximo de responsabilidad por intereses variables y el requisito exigido por el artículo 131 de la LH, tras la reforma de 1986, de presentar el documento que permita determinar el tipo aplicable con exactitud.

---

<sup>129</sup> Para un estudio de estos requisitos pueden consultarse, entre otros: ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, 1990, pp 104 y ss.; GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable*, en RCDI 1984, enero-febrero, pp. 9 y ss., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Madrid, 1994, pp. 163 y ss; MUÑOZ VILLALÓN, Jesús: *Hipoteca en garantía del interés. Los intereses variables. El llamado interés de demora en Hipotecas y Seguridad Jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991, pp.123 y ss.

Se señalan los siguientes requisitos que han de reunir las cláusulas de interés variable:

1. El tipo de interés fijado como referencia del variable ha de ser objetivo. Así la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 establece que no se podrá tomar como referencia los tipos de interés de la propia entidad u otras de su grupo.

2. La cláusula no puede ser abusiva para el consumidor. Lo sería la que previese un interés variable sólo a la alza, pero no a la baja. También la que estableciese como tipo de referencia un índice exclusivamente alcista, como el IPC. O la que fijase un límite de variación a la baja, desproporcionado con el que se fijase a la alza.

3. Notificación de la variación. Según la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 12 de diciembre de 1989, las modificaciones del tipo de interés deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación. No obstante, esta obligación podrá sustituirse por la publicación, con anterioridad a su aplicación y en un diario de general difusión de la modificación del tipo, siempre que se prevea en el contrato, que deberá indicar el diario a utilizar.

4. ÁVILA [(*La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*)..., p. 117] entiende que según la normativa actual ya no es necesario que se conceda al prestatario la posibilidad de rescindir el contrato en caso de no aceptar el interés a aplicar en el siguiente período. Esta posibilidad fue introducida por la Orden de 17 de octubre de 1981 y concretada por la Circular del Banco de España de 24 de febrero de 1981, ambas derogadas. La Orden vigente de 12 de diciembre de 1989 se limita a decir que los contratos de préstamo con interés variable deberán recoger los derechos que corresponden a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca la modificación del interés. Y Ávila concluye que no se puede suponer que el derecho que corresponde al cliente cuando se produzca la modificación sea el del desistimiento unilateral. GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento...*, p 171) opina, en sentido contrario, que aunque la Orden de 12 de diciembre de 1989 en un apartado se limita a hablar de los derechos de que, en su caso, goce el cliente en cuanto se produzca tal modificación, en otro apartado la Orden es bien clara al aludir a los derechos del cliente en cuanto al posible reembolso anticipado de la operación.

Junto a la Orden del 12 de diciembre de 1989 se ha de tener en cuenta la orden de 5 de mayo de 1994, de ámbito más restringido: préstamos hipotecarios sobre viviendas en que el prestatario es persona física y el importe del préstamo solicitado es de 25 millones de pesetas o inferior.

## 2. REQUISITOS DE LAS CLÁUSULAS DE INTERÉS VARIABLE PARA QUE SE PUEDAN EJECUTAR A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 131 DE LA LH

a) *Fijación de un límite máximo al tipo de interés variable.*—Viene exigido por el principio de especialidad de la hipoteca. Y dicho principio exige la determinación tanto frente a terceros como frente a las partes <sup>130</sup>. Es decir, la determinación del máximo es necesaria para que nazca la hipoteca. Como dice la RDGRN de 16 de febrero de 1990 <sup>131</sup>, en su Fundamento de Derecho número 5: *Desde otro punto de vista estima el Registrador improcedente la estipulación a que se refiere la consideración anterior* <sup>132</sup>. Según él, *a efectos de la responsabilidad hipotecaria, no cabe, en cuanto a la cuantía máxima del porcentaje, diferenciar entre partes y terceros. Y el Centro Directivo tiene que hacer suya esta conclusión del Registrador porque ella es una exigencia del principio de determinación registral...* En el mismo sentido las RRDGRN de 26 de diciembre y 12 de julio de 1996 <sup>133</sup>. Por eso, es incorrecta la frase de las escrituras de préstamo hipotecario con intereses variables, en el sentido de que el máximo es sólo respecto a terceros <sup>134</sup>. Este límite puede expresarse fijando un límite máximo al tipo de interés o fijando una cuantía máxima de intereses garantizados.

Sin embargo Ávila <sup>135</sup> y Muro Villalón <sup>136</sup> exponen que hay quien piensa que la fijación del máximo sólo es necesaria frente a tercero, frente al acreedor la responsabilidad es ilimitada por intereses <sup>137</sup>. Y se cita la RDGRN de 21 de enero de 1988 que contemplaba una cláusula en la que se señalaba el límite del interés variable respecto a terceros y dicha resolución no encontró nada extraño que el máximo se fije sólo frente a terceros y concluyó que es evidente que se da plena satisfacción al principio de especialidad hipotecaria en lo concerniente a la cobertura de intereses <sup>138</sup>. La misma cuestión se plantea en relación a los intereses moratorios.

<sup>130</sup> En efecto, en la hipoteca de máximo no cabe la distinción entre partes y terceros: fijado un máximo de responsabilidad hipotecaria éste regirá la vida de la hipoteca... Lo que se hace al fijar el máximo de responsabilidad es delimitar y concretar el derecho real creado (MURO VILLALÓN: *Hipoteca en garantía del interés...*, p. 162).

<sup>131</sup> *Anuario de la Dirección de los Registros y del Notariado* 1990, pp. 61 y ss.  
<sup>132</sup> Estipulación según la cual la hipoteca garantizaba el pago de los intereses incluido los de demora (que no podrán sobrepasar en perjuicio de tercero el 21 por 100). Según la DGRN del conjunto de la escritura se deduce que las partes han querido señalar un máximo del 21 por 100 para los intereses remuneratorios variables y para los intereses moratorios el porcentaje asegurado es un cantidad constante, el 21 por 100 anual.

<sup>133</sup> Aranzadi 9385 y 5613, respectivamente.

<sup>134</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, p. 170, que aclara que esta incorrección era frecuente antes y ahora (1994) excepcional. Transcribo la cláusula de una escritura otorgada en febrero de 1989: *a los solos efectos hipotecarios... y respecto a terceros el tipo de interés aplicable no podrá superar el veinticinco por ciento anual.*

<sup>135</sup> *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*..., pp. 111 y 112.

<sup>136</sup> *La hipoteca en garantía del interés...*, p. 161.

<sup>137</sup> No me queda suficientemente claro si Ávila se muestra partidario de dicha teoría.

<sup>138</sup> Queda la duda de si la DGRN no manifestó encontrar nada extraño fue porque se le pasó por alto o simplemente no era objeto del recurso. La doctrina de esta resolución hubiera tenido más fuerza si se hubiera planteado directamente el problema.

b) *La aportación, junto con la demanda, del documento que permita apreciar el tipo aplicable a cada período de tiempo.*—Por otro lado, la Ley Hipotecaria, artículo 131, regla 3.ª, 4.º, exige, para que sea posible la ejecución vía procedimiento especial sumario, aportar con la demanda el documento que permita apreciar el tipo aplicable a cada período de tiempo con exactitud. La RDGRN de 16 de febrero de 1990<sup>139</sup> señala que no es necesario que en la escritura de hipoteca se haya pactado el documento adecuado para determinar la cuantía de los intereses y que aunque haya habido un pacto al respecto siempre cabrá el procedimiento judicial sumario si se presenta con la demanda el documento o documentos que permitan determinar con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética (cfr. artículo 31.3.ª4.º de la Ley Hipotecaria), el tipo de interés variable concertado.

También en este supuesto, en que la cuantía es indeterminada, nos podríamos plantear si para su ejecución a través del procedimiento del artículo 131 sería necesaria que las partes hubieran pactado un sistema de liquidación o, aun no siendo necesario, se tendría que aplicar analógicamente el sistema del artículo 153 de la LH. La reforma de 1986 se limitó, en relación con los intereses variables, a introducir el requisito de aportar el documento que acredite el interés aplicable, para poder ejecutar la hipoteca a través del procedimiento del artículo 131. Silencio cualquier exigencia sobre la necesidad de un pacto en la escritura sobre el sistema de liquidación de los intereses variables, por tanto aunque no se prevea tal pacto los intereses variables garantizados por la hipoteca pueden ejecutarse vía artículo 131 LH. Aunque —y esto es lo importante— con independencia de si se pactó un procedimiento de liquidación del interés variable con audiencia de la partes, tal procedimiento habrá de celebrarse. Y se podría aplicar analógicamente el procedimiento previsto en el artículo 153 de la LH para la liquidación de la obligación en cuenta corriente garantizada por la hipoteca<sup>140</sup>. Mas entiendo que lo importante es que el Juez oiga a las partes y no es necesario en este trámite ajustarse al artículo 153. Uceda<sup>141</sup> parece que prescinde de cualquier trámite de traslado de la liquidación de intereses al deudor, previo a la orden de sacar a subasta la finca; basta que el Juez

<sup>139</sup> En su Fundamento de Derecho núm. 6.

<sup>140</sup> Así el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 21 de febrero de 1994 (Aranzadi Civil 350): ... *lo que dio lugar a la tramitación de la comparecencia prevenida en los artículos 132.4.º y 153 de la Ley Hipotecaria, viniendo justificada la apertura de este trámite por la especial característica del crédito asegurado, en el que se pactó interés variable, así como una liquidación previa, en la forma prevista en el artículo 1435 de la LECiv, por lo que entendió esta Sala se daba identidad de razón con el supuesto expresamente contemplado en aquellos artículos para las hipotecas constituidas en garantía de cuenta corriente...* (Fundamento de Derecho primero). Bien mirado en lo único que aplica el artículo 153 es en el hecho de la comparecencia no en todos los demás trámites que la acompañan.

<sup>141</sup> UCEDA OJEDA, Juan Lucas (*El art. 114 de la Ley Hipotecaria y la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento judicial sumario del art. 131 en Los Procesos Hipotecarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 87 al final y 88): Yo

examine la correcta aplicación del interés conforme a lo pactado y los documentos presentados.

#### IV. INTERESES MORATORIOS

##### 1. PACTO EXPRESO DE GARANTÍA DE LOS INTERESES MORATORIOS

a) *Para que los intereses moratorios (pueden imponerse sobre las cantidades adeudadas por capital, intereses, gastos que el acreedor ha tenido que pagar por cuenta del deudor –suplidos–) queden cubiertos por la hipoteca se requiere un pacto expreso en este sentido.*—La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991<sup>142</sup> hace suya la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 20 de mayo de 1987<sup>143</sup>, que cita textualmente: ... *en virtud de la exigencia de la especialidad (art. 12 de la Ley Hipotecaria) no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse de forma diferenciada ...*

Es frecuente que los intereses moratorios se impongan tanto sobre las cantidades adeudadas por capital como por intereses remuneratorios. Tal pacto es perfectamente lícito y no veo inconveniente en que, si se pacta, la hipoteca garantice tanto unos intereses moratorios como los otros<sup>144</sup>. Cuando la DGRN<sup>145</sup> prohíbe el pacto de anatocismo en el ámbito de la

---

*entiendo que no es necesario aplicar tal criterio (la aplicación analógica del art. 153) pues no existe identidad entre una y otra figura, el legislador no lo creyó necesario al introducir el párrafo 4.º de la regla 3.ª y existen medios propios en la ley para evitar que el tercer acreedor no respete las bases sobre las que se sustentaba el interés variable, pues si el Juez tiene que comprobar la certeza del crédito (regla 2.ª) y se exige que el acreedor presente los documentos en que se determine con exactitud el tipo de interés variable, ya directamente o por simples operaciones matemáticas, existe base suficiente para que no se autorice la ejecución (regla 4.ª) si no se presenta una liquidación de intereses clara, concreta y ajustada a los tipos de interés variable pactados, sin tener que acudir al art. 153 de LH).*

<sup>142</sup> Aranzadi 2219. Fundamento de Derecho tercero. Una vez verificado el remate en un proceso de ejecución hipotecaria, otro acreedor hipotecario posterior planteó una tercería de mejor derecho sobre parte del precio del remate. El acreedor posterior mantenía que éste no podía destinarse a pagar toda la cantidad que pedía el acreedor hipotecario preferente, por entender que no toda ella estaba cubierta por la garantía hipotecaria.

<sup>143</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, 1987, p. 101.

<sup>144</sup> La RDGRN de 20 de mayo de 1987, en su Fundamento de Derecho 1, al final, dice: ... *sin que proceda decidir ahora sobre si tales intereses de demora han de computarse sólo sobre la base del principal pendiente de pago o pueden también considerarse a ese efecto los intereses remuneratorios no satisfechos.* La RDGRN no resolvía esta cuestión, pero no parece que mantenga una postura contraria a que la hipoteca se extienda a ellos si así se ha pactado.

<sup>145</sup> Resolución de 23 de febrero de 1996 (Aranzadi Civil 1032): ... *aun cuando fuera lícito el pacto de anatocismo en el plano obligacional... en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y*

responsabilidad hipotecaria no está impidiendo que, si se pacta, los intereses remuneratorios devenguen intereses moratorios garantizados también por la hipoteca. Por el pacto de anatocismo –en sentido propio– los intereses devengados no se entregan al acreedor, sino que se acumulan al capital y producen nuevos intereses<sup>146</sup>. Mas aquí no se pacta que los intereses remuneratorios no se paguen al acreedor, sino que si no se pagan generen unos intereses moratorios al tipo que se establezca (al mismo tipo que el remuneratorio o un tipo más elevado). La DGRN, al prohibir el pacto de anatocismo, quiere evitar que los intereses pasen a tener la consideración de capital –los intereses se acumulan al capital– para burlar así el límite de responsabilidad hipotecaria por intereses que establece el artículo 114 de la LH<sup>147</sup>.

Tampoco veo inconveniente en que se pacten intereses moratorios sobre gastos que los que el acreedor ha tenido que suplir al deudor por perjudicar su impago la garantía hipotecaria (por ejemplo, impuestos que gravan la finca, primas del seguro, gastos de comunidad de propietarios) y que estos intereses queden garantizados por la hipoteca si así se pacta expresamente.

## 2 REQUISITOS EXIGIDOS POR LA DGRN PARA INSCRIPCIÓN DE LAS HIPOTECAS EN GARANTÍA DE INTERESES MORATORIOS.

a) *Un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etc.).* –Los intereses moratorios presentan especialidades frente a los remuneratorios. La deuda por intereses remuneratorios es

---

*dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital* (Fundamento de Derecho Tercero). Doctrina repetida frecuentemente en resoluciones sucesivas de 8, 11 y 12 y 13 de marzo (Aranzadi 1852, 1853, 1854 y 1929 a 1933); 1 y 2 de abril (Aranzadi 2859 y 2860); 10 de mayo (Aranzadi 3948); 4 y 27 de junio (Aranzadi 4911 y 4915); 23 de octubre (Aranzadi 7359); 14 de noviembre (Aranzadi 7932), todas ellas de 1996

<sup>146</sup> DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1979, p. 481.

<sup>147</sup> La prohibición del pacto de anatocismo en el ámbito hipotecario resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses... que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (RDGRN 23 de febrero de 1996, Aranzadi 1032, Fundamento de Derecho Tercero). La cláusula que se considera no inscribible preveía que los intereses no satisfechos a sus respectivos vencimientos se acumulan al capital para como aumento del mismo devengar nuevos intereses. Si la cláusula se hubiera limitado a decir que los intereses no satisfechos devengan un interés moratorio al tipo X no habría habido problemas para su inscripción.

cierta y determinada tanto por lo que se refiere a la existencia de la misma como por lo que se refiere a su cuantía <sup>148</sup>, lo cual no sucede con los intereses moratorios. En efecto, la deuda por intereses moratorios es indeterminada tanto en relación a su existencia como en relación a su cuantía <sup>149</sup>. Por un lado, sólo nacerá si el deudor se retrasa en el cumplimiento de su obligación de entregar al acreedor las sumas pactadas, bien en concepto de amortización del capital, bien en concepto de pago de los intereses remuneratorios <sup>150</sup>. Y por otro, se ignora la cuantía exacta de los mismos en el momento de constituir la hipoteca, porque se ignoran los dos parámetros que juegan en la aplicación del tipo impositivo del interés moratorio –lo único que se conoce en el momento de la constitución de la hipoteca–: la cuantía de la deuda cuyo cumplimiento se ha retrasado y el tiempo que dura el retraso. Lógicamente, el tipo del interés moratorio sólo se aplicará a las cantidades vencidas impagadas por el deudor y durante el tiempo que dura el retraso, que puede ser de breves días o se puede prolongar indefinidamente.

Dadas las especiales características de la deuda por intereses moratorios, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 exige para que éstos queden garantizados por la hipoteca, además de pacto expreso, que se señale *un tope máximo de garantía y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etcétera)* (Fundamento de Derecho 1, al final). Analizaremos, pues, estos requisitos, empezando por el del tope máximo de garantía y siguiendo por las demás exigencias de las que nos habla la RDGRN citada.

b) *En la práctica el tope máximo de garantía por intereses moratorios se determina fijando un número de años de intereses por el que responda la hipoteca o fijando una cantidad máxima; pero la primera fórmula plantea problemas, aunque las exigencias de la buena fe llevan a admitir la validez de las cláusulas que la utilicen y suplir sus deficiencias.*—En relación al tope máximo de garantía, recordemos que aunque se ignore la cuantía de una obligación al constituir la hipoteca, puede ser garantizada por ésta, sin vulnerar el principio de especialidad o determinación, que se salva señalando la cuantía máxima de la que responda la finca. Si en el momento de liquidar la deuda, ésta es menor no hay ningún problema y si es mayor la hipoteca no cubre el exceso. La LH no

<sup>148</sup> La RDGRN de 20 de mayo de 1987 dice: ... *tratándose de los intereses remuneratorios el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el tiempo considerado* (Fundamento de Derecho 1, segunda mitad).

<sup>149</sup> Según la citada RDGRN de 20 de mayo de 1987 *la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad...* (Fundamento de Derecho 1, segunda mitad).

<sup>150</sup> En los préstamos hipotecarios concedidos por las Entidades de Crédito los intereses moratorios alcanzan a ambos conceptos.

contempla de manera general el supuesto de hipotecas accesorias a obligaciones de cuantía indeterminada, sino sólo supuestos concretos, pero se admite que pueden constituirse con carácter general. Y en los supuestos regulados por la LH se exige que se determine en la escritura la cantidad máxima de la que responde la finca <sup>151</sup>.

En la práctica, el máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios se determina fijando una cifra máxima o un número de años, por ejemplo tres. El primer sistema no ofrece ninguna dificultad, pero sí el segundo. Estimamos que el deudor no paga ni una peseta de capital ni de interés remuneratorio, ya que se trata de averiguar la cantidad máxima de responsabilidad por interés moratorio. Se pacta que se garantizan los intereses moratorios de tres años a un tipo del 20 por 100 y los intereses moratorios se devengan tanto sobre el capital como sobre intereses remuneratorios no pagados. Pues bien, si entendemos que la cláusula que garantiza los intereses moratorios de tres años se refiere a los relamente devengados durante tres años, la cantidad de capital adeudado sobre las que se ha de aplicar el 20 por 100 variará según los tres años que consideremos si se trata de un préstamo de amortización gradual <sup>152</sup> y la cantidad de intereses adeudados sobre la que igualmente se ha de aplicar el 20 por 100 también variará tanto si es de amortización gradual <sup>153</sup> como de amortización única <sup>154</sup>. Pero también se puede interpretar que tal cláusula es, simplemente, una fórmula de fijar un máximo de cuantía de responsabilidad; así, si se pacta que una hipoteca garantice intereses moratorios de tres años al 20 por 100 de un préstamo de 10 m de pesetas con unos intereses remuneratorios del 10 por 100, la cantidad máxima de intereses moratorios garantizada es: a) intereses moratorios por capital, el 20 por 100 de 10 millones de capital por tres años, es decir, 6 millones de pesetas; b) intereses moratorios por intereses remuneratorios, el 20 por 100 de 1 millón de intereses remuneratorios anuales por 3

---

<sup>151</sup> Para el supuesto de hipotecas en garantía de cuentas corriente de crédito lo establece el artículo 153, primer párrafo de la LH y para el supuesto de obligaciones con cláusula de estabilización de valor lo establece el artículo 219.3.º, 3.ª, del RH. También el artículo 131, regla tercera, núm. 4, de la LH se refiere a otro supuesto de hipoteca que garantiza una deuda de cuantía indeterminada, hipoteca en garantía de un préstamo o crédito en que se hubiere pactado interés variable, aunque en este caso sólo se refiere a ella, sin exigir un tope máximo.

<sup>152</sup> Si consideramos los tres primeros años de vida del préstamo el 20 por 100 se ha de aplicar a las cantidades a amortizar en estos tres primeros años, pero si consideramos los tres últimos años de vida del préstamo el 20 por 100 se ha de aplicar a una cifra superior, ya que las cuotas adeudadas por el deudor moroso serán mayores.

<sup>153</sup> Los intereses no son constantes a lo largo de la vida del préstamo; si hicéramos la ficción de considerarlos constantes nos encontraríamos la variabilidad que expongo en la nota siguiente.

<sup>154</sup> Aunque los intereses no son constantes a lo largo de la vida del préstamo, si tomamos en consideración los tres primeros años, los intereses remuneratorios sobre los que aplicar el 20 por 100 serán: 1) por el primer año, los remuneratorios correspondientes al primer año; 2) por el segundo año, los remuneratorios correspondientes al primer año, más los correspondientes al segundo año; 3) por el tercer año, los remuneratorios correspondientes al primer año, más los correspondientes al segundo, más los correspondientes al tercero.



años, es decir 600.000 pesetas. Total 3.600.000 pesetas. Y ésta es la interpretación que aplican los tribunales, registradores y la Administración cuando ha de liquidar el 0,5 por 100 del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Y es lógico que, en aras de la sencillez y operatividad apliquen esta interpretación. Pero tal interpretación garantiza una cuantía de intereses moratorios inferior a la que realmente puede devengarse durante tres años<sup>155</sup>.

c) *La fórmula de determinar el tope máximo en la escritura fijando sólo el tipo de intereses moratorios es, en principio, insuficiente.*—Así, la STS de 12 de marzo de 1991<sup>156</sup>, en su Fundamento de Derecho tercero, concluye que la estipulación según la cual *todo semestre no pagado a su vencimiento devengará en favor del Banco un interés de demora a razón de 13 por ciento anual desde la fecha que debió de ser solventado, sin necesidad de requerimiento alguno* no reúne los requisitos necesarios para que tales intereses moratorios queden acogidos a la garantía hipotecaria pactada. Tal conclusión, correcta, merece algunas precisiones. Es correcta porque una cláusula, como la que rechaza la sentencia, no indica un tope máximo de responsabilidad por los intereses moratorios ya que la cifra de responsabilidad por éstos depende del tiempo que dura el retraso en el pago, lo cual desconocemos *a priori*, y si éste se prolonga podría aumentar indefinidamente la responsabilidad por intereses moratorios en contra del principio de especialidad. En cambio, el desconocimiento *a priori* de la cantidad impagada en el momento debido, sobre la que se aplicará el tipo de interés moratorio no atenta al principio de especialidad, porque conocemos su máximo en el momento de constitución de la hipoteca: la cantidad total a pagar por el deudor en el supuesto de que no cumpla ni uno de sus compromisos. Es decir, el interés de demora se aplicará, como máximo, sobre la cuantía total de la deuda —principal e intereses—, pero no sobre una cifra superior. En resumen, ante una cláusula que se limita a establecer unos intereses moratorios a un tipo determinado, sabemos que el tipo del interés moratorio no se puede aplicar sobre una cifra superior a la cantidad que el deudor ha de pagar al acreedor hipotecario (en concepto de capital y de intereses remuneratorios), pero no sabemos durante cuánto

---

<sup>155</sup> En efecto, imaginemos que cada año se devenga 1 millón de pesetas a pagar, por primera vez el día 1 de enero de 1998. Llega el primer vencimiento y no se paga. Durante 1998 ese millón de pesetas no pagado habrá devengado 200.000 pesetas de intereses moratorios. Tampoco se paga el millón que vence el 1 de enero de 1999. Durante 1999 se habrá devengado 200.000 pesetas de intereses remuneratorios correspondientes a los intereses remuneratorios que se habían de pagar el 1 de enero de 1999, pero también otras 200.000 correspondientes a los intereses a pagar el 1 de enero de 1998, que siguen adeudándose; en total 400.000 pesetas. Tampoco se paga el millón que vence el 1 de enero del 2.000. Durante el año 2000 se habrán devengado 200.000 pesetas de intereses moratorios por los intereses remuneratorios que se habían de haber pagado el 1 de enero del 2.000, más otras 200 por los del 1 de enero de 1999 y 1 de enero de 1998; en total 600.000 pesetas. Por lo tanto los intereses moratorios por intereses remuneratorios devengados en 3 años habrían ascendido a 1.200.000 pesetas, cifra superior al límite máximo garantizado de 600.000 pesetas que resultan de la interpretación anterior.

<sup>156</sup> Aranzadi 2219.

tiempo se devengarán los intereses moratorios. Por tanto es insuficiente, en sí misma considerada, para indicar el tope máximo de responsabilidad por intereses moratorios que se exige en la constitución de una hipoteca accesoria de una obligación de cuantía indeterminada.

d) *La insuficiencia de la fórmula anterior no queda salvada aunque la pongamos en relación con el artículo 114 de la LH.*—En efecto, al establecer dicho artículo un límite temporal de responsabilidad hipotecaria por intereses, a la anualidad corriente y a dos vencidas, salvo pacto en contrario, que no puede superar los cinco años, una cláusula de intereses moratorios del tipo descrito sí que contendría implícitamente un tope máximo de garantía. El tope se determinaría mediante la aplicación del tipo de interés moratorio pactado sobre la cuantía de toda la deuda y ello durante tres años. Ahora bien, la aplicación de este límite a los fines que nos interesan en este momento presenta una dificultad: este límite juega sólo en beneficio de terceros y no entre las partes de la escritura de constitución de hipoteca. El principio de especialidad exige que el máximo de responsabilidad hipotecaria también quede fijado frente al deudor. A pesar de esta dificultad, y para alcanzar otros fines que los que seguramente pretende el artículo 114, alguien podría pretender su aplicación para salvar que los intereses moratorios queden cubiertos por la hipoteca en virtud de una cláusula como la descrita<sup>157</sup>. Mas la RDGRN de 26 de diciembre de 1996 niega tal posibilidad, porque la exigencia de las hipotecas de máximo *no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta en relación a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la cobertura hipotecaria de los intereses... entre el acreedor y deudor hipotecante*<sup>158</sup>. En mi opinión, esta doctrina es correcta porque lo contrario supondría introducir una pequeña corruptela y es preferible, en aras del principio de especialidad, determinar correctamente la cantidad máxima de garantía por intereses moratorios.

---

<sup>157</sup> En el contrato tipo de préstamos hipotecario que me ha facilitado una entidad financiera es curioso resaltar cómo la cláusula que se refiere a los intereses de demora no señala una cifra máxima alzada de garantía por intereses moratorios, sino que se limita a pactar el tipo de éstos. Sin embargo, según información de la entidad, tal cláusula es inscrita sin dificultad por los Registradores de la Propiedad. A continuación la transcribo: INTERESES DE DEMORA.—*En el supuesto de que el prestatario demorase el pago de cualquier obligación vencida, el saldo debido devengará de forma automática, sin necesidad de reclamación o intimación alguna, intereses en favor del Banco, exigibles día a día y liquidables mensualmente, o antes si la mora hubiese cesado, del... por ciento anual. Los intereses no satisfechos a sus respectivos vencimientos se acumularán al capital, para, como aumento del mismo, devengar nuevos intereses, ello sin perjuicio de las facultades de resolución del préstamo pactadas en la presente escritura.*

<sup>158</sup> Aranzadi 9835, Fundamento de Derecho Segundo. La cuestión que se discutía no venía referida a los intereses moratorios, sino a los remuneratorios variables, pero la doctrina es igualmente aplicable, pues en ambos casos estamos ante una hipoteca de máximo. LA DGRN considera que no queda satisfecho el principio de especialidad cuando, estipulándose la variabilidad de los intereses remuneratorios, la cláusula de constitución de la hipoteca se limita a expresar que la misma garantiza el pago de intereses remuneratorios por un máximo en perjuicio de terceros, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria de 223.237.500 pesetas (Fundamento de Derecho Primero). La RDGRN de 12 de julio de 1996 (Aranzadi 5613) se pronuncia en términos idénticos.

La RDGRN de 16 de febrero de 1990<sup>159</sup> considera que los intereses de demora quedaban garantizados por la hipoteca en virtud de las siguientes cláusulas<sup>160</sup>: *La mora de la parte prestataria... dará lugar a que las cantidades vencidas y no satisfechas, devenguen... intereses de demora a favor de la prestamista, desde el día siguiente al final del período de devengo impagado hasta el momento del pago, a un tipo del veintiun enteros por ciento (21 por 100) y otra según la cual en garantía de la devolución del capital de 8.000.000 de pesetas objeto del presente préstamo, del pago de los intereses incluidos los de demora (que no podrá sobrepasar en perjuicio de terceros, del 21 por 100 anual), hasta el máximo legal, y de la suma de un millón seiscientos mil pesetas que se fijan para costas y gastos (...), don N constituye hipoteca a favor del Banco NN que, por medio de representante, la acepta...*<sup>161</sup>. La resolución, Fundamento de Derecho número 4, concluye: *lo cierto es que del conjunto de la escritura resulta la diferenciación de una y otra deuda de intereses, así como el señalamiento de distinto máximo para cada una de ellas. Los intereses remuneratorios asegurados con hipoteca son los que vayan produciéndose conforme a las cláusulas sobre variabilidad de intereses, con un máximo del 21 por 100. Para los intereses moratorios el porcentaje asegurado es una constante, el 21 por 100 anual del importe de las obligaciones aseguradas (cfr. cláusula 5.ª de la escritura)*. Dejando a un lado la cuestión de si en la escritura de hipoteca se establecía un tope máximo diferenciado para los intereses remuneratorios –que al ser variables también exigen un límite– y los de demora, interesa ahora resaltar que esta resolución considera que ya queda suficientemente señalado el tope máximo de los intereses de demora con fijar el tipo de los mismos. Es una lástima que la resolución no justifique por qué considera que tal cláusula contiene un tope máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, pues no parece evidente que esto sea así. La única justificación posible es entender que al añadir la cláusula, después de señalar un tipo del 21 por 100, *hasta el máximo legal*, está pactando un máximo de cinco años de intereses (art. 114 LH, párr. 2) no sólo en perjuicio de terceros, sino también frente al deudor<sup>162</sup>, aunque el máximo legal es frente a terceros.

<sup>159</sup> Anuario de la Dirección General de los Registros y .del Notariado 1990, p. 61.

<sup>160</sup> Hechos 1, segundo párrafo, cláusulas quinta y novena.

<sup>161</sup> En la escritura de hipoteca, tal como se firmó inicialmente había prescindido de la mención *incluidos los de demora*, que se añadió posteriormente en escritura de rectificación.

<sup>162</sup> YSAS SOLANES, María, en *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, Madrid, 1994, p. 122, *in fine*, señala que la DGRN *ha tratado en distintas ocasiones la problemática derivada de las escrituras de préstamo hipotecario en las que se incluía en una sola cantidad la responsabilidad por intereses ordinarios y moratorios, o bien intereses moratorios, costas y gastos, siguiendo en general el criterio de separar el máximo de responsabilidad para cada uno de los distintos conceptos. Sin embargo, en la RDGRN de 16 de febrero de 1990 parece que se ha modificado un tanto dicho criterio al aceptar un tipo máximo por intereses moratorios sin determinación de cantidad*. Ahora bien, en mi opinión, la RDGRN de 1990 no modifica el criterio genérico de separar las cifras de responsabilidad por los distintos conceptos, sino que lo novedoso está en aceptar que basta se señale un tipo máximo de intereses moratorios sin determinación de cantidadalzada máxima de responsabilidad.

e) *El tope máximo de garantía por intereses moratorios ha de venir diferenciado de las cantidades de las que responde la hipoteca en virtud de otros conceptos. En nuestra opinión tal requisito podría suprimirse.*—Según la RDGRN de 29 de octubre de 1984<sup>163</sup> la cuantía máxima de responsabilidad por intereses moratorios y por costas y gastos no pueden englobarse en una sola cantidad y según las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987<sup>164</sup> tampoco puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la cifra por intereses de préstamo. Es ésta una doctrina fundamentada en el principio de la especialidad, firmemente asentada, según parece, y compartida por la mayoría de la doctrina<sup>165</sup>. Pero, en mi opinión, un tanto rigurosa y se podría flexibilizar sin atentar al principio de especialidad ni a la seguridad del tráfico. Se entiende que se exija un pacto expreso de extensión de la hipoteca a los intereses moratorios y que, en su ausencia, el acreedor no puedan alegar que están incluidos en el concepto de intereses remuneratorios o en el de costas y gastos, si es que se pactó que la hipoteca también respondía de las costas y gastos. Pero ya no se ve con claridad por qué no se puede pactar una cifra máxima de responsabilidad que incluya tanto las costas y gastos como los intereses moratorios. De las tres resoluciones citadas sólo la primera justifica la especificación de la cifra de responsabilidad por intereses moratorios frente a la de costas y gastos *a fin de que se conozca tanto por las partes como por los terceros la determinación de cada crédito y se evitan así ambigüedades, se elimina toda confusión y se da cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español* (Considerando último, al final). A estas consideraciones cabe objetar que la determinación de cada crédito se conoce perfectamente con independencia de la cifra máxima de responsabilidad que se establezca. La única ambigüedad que se da, de aceptar la solución que rechaza la DGRN, es que, cuando la cifra máxima de responsabilidad sea inferior a la suma de la deuda por intereses moratorios y de la deuda por costas y gastos, la cantidad que la exceda podría corresponder tanto a una como a otra deuda, mas de esta ambigüedad, si es necesario, se saldría fácilmente imputando la cantidad entregada al acreedor a uno u otro concepto, según los criterios generales. Lo relevante es saber la cantidad por la que responde la hipoteca. Si de esta cantidad el 40 por 100 responde de las costas y el 60 por 100 de los intereses moratorios, o a la inversa es lo de menos. Ciertamente que una cifra de responsabilidad global beneficiaría al acreedor, pues, en el ejemplo anterior, si la deuda por costas sólo alcanza el 30 por 100 de la cifra de responsabilidad y la deuda por intereses moratorios llega al 70 por 100, las costas, en el 10 por 100 de la cifra máxima estipulada, no quedarán cubiertas por la

<sup>163</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1984*, p. 59, Considerando último.

<sup>164</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1987*, pp. 205 y 222, respectivamente, Fundamento de Derecho 3, 2.ª cuestión en ambas.

<sup>165</sup> GARCÍA GARCÍA, *El procedimiento...*, p. 160; ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*..., pp. 120 y 122.

garantía hipotecaria, mientras que quedará libre garantía hipotecaria para cubrir un 10 por 100 de la cifra máxima en concepto de intereses. En cambio, si se pacta que el 100 por 100 responde de costas e intereses moratorios, toda la deuda por ambos conceptos quedará cubierta por la garantía hipotecaria. Mas, no por beneficiar al acreedor, hay que negar la eficacia de tal pacto. De hecho, en la práctica jurídica las escrituras de constitución de hipoteca señalan una responsabilidad máxima por costas y gastos, siendo costas un concepto distinto del de gastos y, que yo sepa, la DGRN no ha puesto nunca ninguna pega al respecto. Esta opinión, aunque minoritaria, no es aislada. De Prada mantiene: *En principio y si quedaron suficientemente determinados cuáles son estos intereses de demora, a mi juicio no debería haber inconveniente en que la misma cifra establecida para garantizar como máximo los intereses normales se aplicara también a estos intereses de demora, tanto más cuanto que con frecuencia, en la actualidad, los intereses de demora tienen también carácter variable y se pactan en función de un plus en relación con el interés variable...*<sup>166</sup> En el supuesto de intereses remuneratorios a tipo fijo, el límite de garantía por intereses no acostumbra a fijarse señalando una cifra máxima, sino un número de anualidades máximo de responsabilidad, y, por tanto, no se da la posibilidad de un máximo que incluya ambos tipos de intereses. Esto tiene más sentido en el supuesto de intereses remuneratorios variables y en los que el interés de demora se calcula en un plus del interés variable. Por ejemplo, se dice que el interés de demora será superior en cinco puntos al interés variable y que la suma de ambos no podrá oscilar del 20 por 100.

Podría parecer que la RDGRN de 16 de febrero de 1990<sup>167</sup> mitiga el principio de que la cuantía máxima de responsabilidad por intereses moratorios ha de quedar deslindada de la cuantía de responsabilidad por intereses remuneratorios<sup>168</sup>. Pero como hemos visto, esta resolución no flexibiliza el principio, ya que parte de que lo cierto es que del conjunto de la escritura resulta la diferenciación de una y otra deuda de intereses, así como el señalamiento de distinto máximo para cada una de ellas (Fundamento de Derecho 4). En lo que en todo caso se mostraría flexible la DGRN es en la interpretación del escritura para llegar a esta conclusión.

f) *Las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 sientan la doctrina, en nuestra opinión infundada, de que hay una cuantía máxima de la que no pueden exceder la suma de los intereses remuneratorios y mora-*

<sup>166</sup> DE PRADA, José María, «Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», en *La Ley*, 1989-2, p. 1121, segunda columna, tercer párrafo, mitad.

<sup>167</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* 1990, p. 61.

<sup>168</sup> ASÍ UCEDA-OJEDA, Juan Lucas, «El artículo 114 de la Ley Hipotecaria y la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento judicial sumario del artículo 13», en *Los procesos hipotecarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 90: *En definitiva esta resolución no exige que en la cláusula de garantía hipotecaria se concrete de modo independiente los tipos máximos para cada uno de los intereses, bastando que se deduzca del contexto general de la escritura, lo que evidentemente irá en detrimento del principio de especialidad.*

*torios garantizados por la hipoteca y esta cuantía máxima son cinco años de intereses remuneratorios.*—Textualmente estas resoluciones establecen que: *Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses —y que sólo a estos efectos deben computarse conjuntamente— el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria* (Fundamento de Derecho 3.º, 2.ª cuestión, al final). Un sector de los Registradores lo interpreta en el sentido de que hay una cuantía máxima de la que no pueden exceder la suma de los intereses remuneratorios y moratorios garantizados por la hipoteca y esta cuantía máxima son cinco años de intereses remuneratorios<sup>169</sup>. Es decir, si en la escritura de hipoteca se hubiera pactado la garantía de tres años de intereses remuneratorios y de intereses moratorios por un máximo de 1 millón de pesetas, el Registrador habría calculado la cuantía de dos años de intereses remuneratorios —la diferencia entre los tres de remuneratorios pactados y el máximo de cinco permitidos— y sólo hubiera inscrito la garantía de intereses moratorios si la cifra anterior hubiera sido igual o superior a 1 millón de pesetas; si hubiera sido inferior el Registrador o bien no habría inscrito la cláusula de garantía de intereses moratorios o bien la habría inscrito por la cifra que restaba para llegar al máximo legal de garantía hipotecaria por intereses, cinco años de intereses remuneratorios, es decir, la cuantía correspondiente a dos años de intereses remuneratorios. Interpretación confirmada por la RDGRN de 22 de julio de 1996<sup>170</sup>. En mi opinión, la doctrina de la DGRN interpretada en este sentido no tiene fundamento legal suficiente. Parte de la premisa —que hay que demostrar— de que el artículo 114 establece una cuantía máxima de responsabilidad por intereses (la correspondiente a tres años de intereses remuneratorios, ampliables a cinco por pacto) y dentro de esa cuantía se han de amparar tanto los intereses remuneratorios como moratorios. Pero aunque esto fuera cierto, el 114, como hemos visto, sólo limita la garantía por intereses frente a terceros, pero no frente al deudor. Por tanto, el Registrador tendrá que inscribir cualquier cifra máxima de responsabilidad por intereses moratorios, sin perjuicio de que los terceros no se vean afectados si sobrepasan el límite

<sup>169</sup> Para calcular esta cuantía aplican a la totalidad del capital el tipo del interés anual pactado y lo multiplican por cinco: *la computación conjunta de tales anualidades en perjuicio de tercero, por aplicación del artículo 220 del RH, significa que tan sólo se podrá admitir una cantidad o un número de anualidades por intereses ordinarios y de demora que no exceda del resultado de aplicar al capital los cinco años del tope máximo de evolución posible de los intereses remuneratorios* (Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO en «Comentarios a la RDGRN de 26 de diciembre de 1996») en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 72, enero-febrero de 1997, p. 59, al final).

<sup>170</sup> *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 70, septiembre-octubre de 1996, Fundamento de Derecho 2, p. 83. Se deniega la inscripción de la cláusula que garantiza cinco años de intereses remuneratorios, esto es, 4.200.000 pesetas, y además un tope de 1.200.000 pesetas por intereses moratorios de cinco años, porque *por razones de seguridad del tráfico jurídico y en evitación de la excesiva acumulación de intereses impagados, respecto de los intereses ordinarios y los de demora rige el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente.*

del artículo 114 <sup>171</sup>. Pero, además, la premisa es falsa. El artículo 114 está pensando en los intereses remuneratorios, no en los moratorios. Se puede admitir que el artículo 114 se aplique analógicamente a los intereses moratorios, pero correctamente, lo cual implica que frente a terceros la cuantía máxima de responsabilidad por intereses moratorios se limitará a la anualidad corriente y a las dos anteriores, ampliables a cinco por pacto. Hay algunos Registradores que inscriben la cláusula de hipoteca en garantía de intereses moratorios por cuantía que, sumada a la de intereses remuneratorios garantizados por la hipoteca, resulta superior a cinco anualidades de intereses remuneratorios y no aplican el criterio de la DGRN, porque entienden que los intereses moratorios no están sometidos al artículo 114 LH, porque no son propiamente intereses, sino una indemnización de daños y perjuicios. En mi opinión, el razonamiento adecuado no es éste, sino que no hay límite máximo a la garantía de intereses moratorios entre partes y, por tanto, cualquiera que sea este límite se ha de inscribir, sin perjuicio de que a los terceros sólo les afecte en la medida del artículo 114 LH.

Cuando estudiemos más adelante si el tope del 114 se aplica a los intereses moratorios veremos que quizás se puede entender de otra manera la expresión vertida en las RRDGRN citadas más arriba.

### 3. EXIGENCIAS DE LA DGRN PARA QUE LOS INTERESES MORATORIOS PUEDAN SER EJECUTADOS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 131 LH

a) *Construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. Sin embargo, esto no obsta a que puedan ejecutarse los intereses moratorios a través del procedimiento del artículo 131 LH.*—Aparte de la fijación de un tope máximo de garantía, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 exige el cumplimiento de otros requisitos, no tanto para que la hipoteca garantice los intereses moratorios, sino para que se pueda ejecutar mediante el procedimiento del artículo 131 de la LH. En efecto, el crédito por intereses moratorios, como hemos dicho antes, es eventual, puede o no nacer, según haya habido mora o no, y, además, de cuantía incierta. Para que se pueda ejecutar la hipoteca es necesario, antes, fijar su nacimiento y su cuantía: *cuya ejecución precisará la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar* (Fundamento de Derecho 1.º, segunda

<sup>171</sup> Según los hechos de la RDGRN de 26 de julio de 1996 (*Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 72, enero-febrero de 1997, p. 87) el informe del Registrador contraargumenta que *hay que recordar que los efectos registrales son siempre frente a terceros*, lo cual es falso en materia de hipoteca. El efecto registral es necesario para que el acreedor tenga el derecho real de hipoteca. Sin la inscripción, aunque no hubiera terceros, no habría hipoteca y, por tanto, el acreedor no podría utilizar el procedimiento del artículo 131 LH.

mitad). Esto ha llevado a mantener que no cabía la aplicación del procedimiento de ejecución sumario del artículo 131 de la LH, porque la fijación de algunos de estos extremos exigían una prueba y un procedimiento contradictorio incompatible con el artículo 131 de la LH<sup>172</sup>. En abstracto esta postura tiene su punto de razón. Ya Roca Sastre, al hablar de las hipotecas de máximo, advertía que para su ejecución no cabía acudir al artículo 131 de la LH. Pero en concreto habrá que valorar la complejidad de determinar los elementos de la relación jurídica a concretar y, si se pueden determinar sin especial dificultad, es razonable que esta hipoteca se pueda ejecutar a través del artículo 131 de la LH, aunque la Ley no prevea expresamente un trámite para determinarlos. Además, hay que matizar esta última afirmación: el artículo 131 de la LH no prevé cómo, mas sí prevé que se liquiden los intereses en el seno del procedimiento hipotecario (reglas quinta, decimoquinta y decimoséptima) y es razonable pensar que tal liquidación incluye los intereses moratorios<sup>173</sup>. Mas, aunque limitásemos esta liquidación a los intereses remuneratorios, se puede concluir con seguridad que el mismo artículo 131 LH hace compatible la fijación de unos intereses con la naturaleza del procedimiento judicial sumario, es decir, que introduce la posibilidad de llevar a cabo un trámite para determinar la cuantía de una deuda que no viene prefijada en el título hipotecario. Desde el punto de vista de la realidad de las cosas es deseable que, mediante el procedimiento del artículo 131 de la LH, también se puedan pagar los intereses moratorios<sup>174</sup>, y así lo admite la prácti-

<sup>172</sup> VIDAL FRANCÉS, Pablo, en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña* núm. 7, septiembre de 1989, entendía que para que pueda reclamarse la indemnización moratoria es necesario: 1.º Que exista retraso en el pago. 2.º Que el retraso sea imputable al deudor. 3.º Que la indemnización haya sido convenida por las partes o fijada por la Ley o el Juez... Los dos primeros exigen una prueba y un procedimiento contradictorio que considero incompatible con el juicio ejecutivo y más aún, con el de ejecución sumaria. Sin embargo, en un trabajo posterior, Vidal Francés parece flexibilizar su postura cuando admite que un posible camino lo ofrecería la aplicación analógica del artículo 153 y del mecanismo de oposición que éste regula, previa inclusión detallada de la liquidación por demora en el requerimiento de pago; no obstante, no queda claro el problema de si bastará el consentimiento del deudor, o la decisión del Juez, respecto a la cuantificación en el caso de posteriores titulares que no serán parte del procedimiento (*Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria en Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores, Madrid, 1991, p. 286).

<sup>173</sup> La regla quinta exige al titular de cargas posteriores a la hipoteca, que quiere subrogarse en el lugar del acreedor hipotecario, que satisfaga el importe del crédito, intereses y costas, lo cual exige la previa liquidación de los intereses moratorios. También la regla quince y la regla diecisiete exigen una previa liquidación de intereses para, respectivamente, hallar la cantidad que ha de consignar el acreedor adjudicatario y la cantidad que se ha de entregar al acreedor con el precio obtenido en la subasta. Estos argumentos han sido utilizados por los Autos de la Audiencia Provincial de Granada de 15, 13 de febrero y 23 de enero de 1996 (Aranzadi Civil 373, 371 y 169). En rigor, este argumento no es decisivo, porque la Ley Hipotecaria podría estar refiriéndose sólo a los intereses remuneratorios. Lo decisivo es lo poco razonable de la exclusión de los intereses moratorios teniendo en cuenta que la naturaleza del procedimiento del artículo 131 de la LH no impide un trámite mediante el que se determine la cuantía de la deuda cuando ésta no viene prefijada en el título. Y esto último sí se puede concluir, con rigor, de las reglas quinta, decimoquinta y decimoséptima del artículo 131 LH.

<sup>174</sup> En este sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, 1991, p. 159: Hay que llegar a la con-



ca judicial<sup>175</sup> y desde la reforma del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, que expresamente prevé que se puedan reclamar los intereses de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título (art. 235.1 RH), difícilmente se puede encontrar una razón para negarlo.

En efecto, no es difícil acreditar la existencia y cuantía de los mismos ante el Juez y, como he dicho antes, no parece un obstáculo insalvable el que la Ley no prevea expresamente un trámite para tal extremo. La mención que hace la RDGRN de que la deuda por intereses moratorios es una deuda futura podría hacernos plantear que habría que aplicar las normas que regulan las hipotecas en garantía de obligaciones futuras. Esto podría presentar problemas para la ejecución de estas hipotecas vía procedimiento del artículo 131, pues el artículo 143 LH prevé que *cuando se contraiga la obligación futura... podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria*. Y hay quien entiende que mientras no se produzca esta nota no se podrá ejecutar la hipoteca a través del artículo 131. La cuestión se discute<sup>176</sup> y no vamos a entrar ahora en la discusión. Pero en el caso de contestar afirmativamente, si partimos de la afirmación de la DGRN de que la hipoteca de intereses moratorios es una hipoteca futura y extraemos las consecuencias, para la ejecución tendríamos que hacer constar por nota en el Registro la existencia de esa deuda, lo cual puede ser complicado. Pero en mi opinión estas afirmaciones de la DGRN pretenden más bien señalar la

---

*clusión de que el procedimiento judicial sumario es aplicable a los intereses de demora, pues en otro caso llegaríamos al absurdo y a la situación antieconómica, de tener que reclamar una cantidad principal por un procedimiento y una cantidad accesorio por el juicio declarativo ordinario.*

<sup>175</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 15 de febrero de 1996 (Aranzadi Civil 373) cuando se plantea la procedencia del procedimiento judicial sumario para reclamar los intereses moratorios advierte que el estudio de esta cuestión no puede llevarse a cabo de forma alejada de la propia finalidad del procedimiento y concluye que se impone un criterio interpretativo favorable a la ejecución, dado que mal servicio podría hacerse al tráfico hipotecario obligando al actor a acudir a un procedimiento ulterior para percibir cantidades cubiertas con la hipoteca, ya que ello sería contrario al principio de economía procesal, sin añadir garantía alguna a los deudores, que se verían, por el contrario, perjudicados por mayores gastos (Fundamento de Derecho Primero). En el mismo sentido favorable al pago de los intereses moratorios mediante el procedimiento del artículo 131 LH se pronuncian los otros autos citados dos notas a pie de página más arriba.

<sup>176</sup> ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, t. IV, Barcelona, 1954, pp. 437 y 438) entiende que a partir de la reforma de 1944 no es necesaria la nota marginal para la ejecución de la hipoteca. Antes de la reforma, el artículo 143 precisaba que sin el requisito de la nota marginal *no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida*. Al desaparecer esta frase, entiende dicho autor que no hace falta que se extienda la nota marginal para poder ejecutar la hipoteca, incluso por medio del procedimiento judicial sumario; basta que se demuestre de forma adecuada la existencia de la obligación garantizada. En contra, GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Madrid, 1994, p. 136) entiende que no cabe que el actor trate de demostrar en el procedimiento judicial sumario la existencia de la obligación garantizada, pues no hay trámites para ello, por tanto mientras no conste la nota marginal del artículo 143 LH se precisa acudir al juicio declarativo ordinario o al ejecutivo. Únicamente cabría utilizar el procedimiento judicial sumario si se las configura en la escritura de constitución de hipoteca como hipotecas de garantía del saldo de una cuenta corriente, en cuyo supuesto la hipoteca de obligación futura hace tránsito a estas otras hipotecas.

diferencia entre la deuda por intereses moratorios y la deuda por intereses remuneratorios con la consecuencia de que para que éstos también queden garantizados por la hipoteca ha de pactarse así expresamente y que se ha de señalar un tope máximo de garantía. Pero no está claro que pretendan exigir más requisitos para que se puedan ejecutar por vía del procedimiento del artículo 131<sup>177</sup>. Vidal<sup>178</sup> precisaba que se había de acreditar el retraso en el pago y que el retraso hubiera sido imputable al deudor. Y aún se habría de probar que medió la intimación al acreedor que exige el artículo 1100 del Código Civil para constituir en mora, a no ser que se hubiera pactado la mora automática, que es lo que suele suceder, al menos en los préstamos hipotecarios concedidos por entidades de crédito. Mas la acreditación de estos extremos no presenta mayores complicaciones. Ante la reclamación del interés moratorio por parte del acreedor, le basta al deudor presentar comprobante del pago en la fecha exacta. Por lo que respecta a la culpabilidad del deudor, pienso que no se requiere ninguna prueba en especial, ya que la culpa del deudor se presume y en la inmensa mayoría de los casos no hay cuestión de plantear el problema de la imputabilidad del retraso al deudor. Sólo en los casos en que hubiera que discutirse el procedimiento se complicaría, puesto que habría que dar audiencia a las dos partes para que presentasen sus alegaciones, pero incluso en estos casos, ¿no podría resolverse la cuestión en el seno del artículo 131 de la LH?<sup>179</sup>. En cuanto a la necesidad de probar la intimación, en la práctica se obvia, pues se pacta la mora automática, pero aun no habiéndose pactado ésta, no parece haya una dificultad insalvable para llevar a cabo el procedimiento del artículo 131 de la LH ya que al acreedor puede realizar por vía notarial.

b) *La escritura de hipoteca ha de determinar el modo de fijación de la cuantía de los intereses moratorios (sistema de liquidación del crédito,*

<sup>177</sup> En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 15 de febrero de 1996 (Aranzadi Civil 373) al decir que la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 –recordemos que es la que recoge la doctrina de la RDGRN de 20 de mayo de 1987– no parece que tenga la intención de exigir para los intereses moratorios el procedimiento establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria para la hipoteca de cuentas corrientes, ya que dicha resolución se limita a resolver que cuando se hable de intereses en la cláusula de responsabilidad hipotecaria se deben excluir los de demora, ya que para que la garantía se produzca es necesario que se establezca expresamente (Fundamento de Derecho Tercero). Díez PICAZO («La hipoteca y los intereses de la obligación», en *La Ley*, 1992-4, p. 948), al comentar la RDGRN de 26 de octubre de 1987, advierte que *tras hacer estas declaraciones generales, la resolución se disuelve en la consideración de que no pueden convalidarse unos y otros intereses, sin extraer la consecuencia necesaria que de su planteamiento parecía deducirse, esto es, que la garantía de intereses moratorios, en el momento de concertarse el contrato, es garantía de obligaciones futuras.*

<sup>178</sup> *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 7, septiembre de 1989.

<sup>179</sup> En el supuesto de un deudor que sufre un accidente y permanece en coma durante un largo período de tiempo, durante el cual vence el plazo de pago de su deuda, si no la atiende en el momento exacto se puede decir que el retraso no le es imputable y, por tanto, se podría negar a pagar los intereses moratorios. Es aquí donde se plantea el problema de si el Juez que conoce del artículo 131 de la LH podría entrar a conocer de la imputabilidad del retraso en el pago, de forma que el pago de los intereses moratorios también se pudiera ventilar en el seno del procedimiento del artículo 131 LH.

*posibilidades de impugnación, duración); pero la práctica judicial prescindir de este requisito.*—Esto es lo que dice la RDGRN de 20 de mayo de 1987<sup>180</sup> y acepta la STS de 12 de marzo de 1991<sup>181</sup>. Pero, en mi opinión, como veremos con más detalle en los números siguientes, estas exigencias responden más bien a la necesidad de la DGRN y del TS de respetar, en teoría, ciertos principios que a una necesidad real práctica. En la práctica se pagan intereses moratorios vía artículo 131 sin necesidad de que en la escritura de hipoteca se prevean estos extremos.

Según la RDGRN de 20 de mayo de 1987, la hipoteca en garantía de intereses moratorios, aparte de constituirse expresamente y con señalamiento de un tope máximo, deberá establecerse *con respeto a las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidades de impugnación, duración, etc.)*<sup>182</sup>. Aquí la RDGRN adolece de cierta imprecisión: hace referencia a los requisitos exigidos por las hipotecas de seguridad en general y cita tres de ellos, pero acaba con un etcétera que deja abierta la lista de los mismos. Pero esta imprecisión es explicable. La LH no regula la constitución de las hipotecas de seguridad en garantía de una obligación de cuantía indeterminada con carácter general. Como he dicho antes sólo contempla unos supuestos concretos y, quizás, el análisis de la regulación de estos supuestos nos ilustre las diferentes opiniones que se vierten en cuanto a la exigencia de otros requisitos, aparte del tope máximo, para que puedan ejecutarse las hipotecas a través del procedimiento del artículo 131 de la LH.

c) *La LH exige que la escritura hipotecaria contenga los extremos anteriores en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (en otras hipotecas de máximo —obligaciones con cláusula de estabilización e interés variable— no exige expresamente ningún requisito).*—a) En cuanto a las hipotecas en garantía de cuentas corriente de crédito, la LH, seguramente en previsión de evitar posibles entorpecimientos en la ejecución de las mismas vía procedimiento judicial sumario, establece en su artículo 153 el modo de determinación de la cuantía de la deuda: un sistema de libreta de ejemplares duplicado en los cuales se haga constar cada uno de los asientos de la cuenta corriente con aprobación y firma de ambos interesados. Pero en las cuentas corrientes abiertas por entidades de crédito el artículo 153 permite que, si así lo convienen las partes en la escritura de préstamo hipotecario, el saldo pueda acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora. Ahora bien, la ley impone que esa certificación sea notificada al deudor para que éste oponga error o falsedad. Si opone error el Juez citará a las partes a una comparecencia y acordará lo que estime procedente en Auto apelable. Si alega falsedad y se incoa causa criminal el procedimiento se suspende hasta que recaiga

<sup>180</sup> *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, p. 101.

<sup>181</sup> Aranzadi 2219.

<sup>182</sup> *Fundamento de Derecho* 1. al final.

sentencia firme o Auto de sobreseimiento. Además, el artículo 245 RH señala que se han de consignar en la escritura los requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153. Los cuatro últimos párrafos del artículo 153 establecen el procedimiento que acabo de describir mediante el que el deudor puede impugnar el saldo presentado por la entidad acreedora. Y el primer párrafo del artículo 153 también exige que en la escritura de hipoteca consta el plazo de duración del crédito. *b)* En cuanto a otro tipo de hipotecas en garantía de obligaciones de cuantía indeterminada, las obligaciones con cláusula de estabilización de valor, el artículo 218.3.º RH establece, a los efectos del procedimiento de ejecución regulado en el artículo 131, que con la demanda se acompañen los documentos oficiales en que consten los valores que sirven de base para determinar la cuantía y faculta al deudor a oponerse a la determinación de la cantidad hecha por el acreedor conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la LH. Obsérvese que aquí el RH no exige que tales extremos consten en la escritura de constitución de la hipoteca. *c)* Y, por fin, en cuanto a la ejecución de hipotecas con interés variable, el artículo 131, regla tercera, número 4, se limita a exigir que con la demanda se acompañe el documento que permita determinar el tipo con exactitud, ni tan sólo prevé que haya una posible oposición del deudor.

*d)* *Los requisitos anteriores no son aplicables analógicamente al supuesto de hipoteca en garantía de intereses moratorios.*—Volvamos, después de analizar la regulación de la LH de los distintos supuestos de hipotecas en que la cuantía de la obligación es indeterminada, a la doctrina de la RDGRN de 20 de mayo de 1987 sobre los requisitos que debe reunir la hipoteca para que garantice los intereses moratorios: *deberá establecerse... con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación, posibilidad de impugnación, duración, etc.)*. Dejemos a un lado, por de pronto, la referencia a la duración y pasemos al estudio de los otros requisitos.

*a')* El requisito de pactar en la escritura el procedimiento de fijación de la cuantía.

En cuanto al sistema de liquidación, obsérvese que la situación es distinta según nos refiramos a hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito o a las otras hipotecas que hemos citado. En el primer caso, lo que se trata es de dejar constancia de unos movimientos de dinero en uno y otro sentido. En el supuesto de las hipotecas que garantizan obligaciones con cláusulas de estabilización o con intereses variables, no se trata de fijar las cantidades de dinero que el deudor ha recibido y las que ya ha devuelto, sino de aplicar a una cantidad de dinero un índice variable y la LH lo único que regula es que este índice se aporte al Juez mediante los oportunos documentos. En el supuesto de los intereses moratorios el tipo ya está determinado en la escritura y también en la escritura aparece la fecha en que el deudor debía cumplir con su obligación y de ella se deduce la duración del retraso. Lo único a

determinar es la cuantía de la deuda en mora. Para para la determinación de esta cantidad no hace falta ningún procedimiento especial, hay que realizar una simple operación aritmética. Si el deudor no está de acuerdo ante la reclamación del acreedor, le basta con presentar el comprobante del pago dentro de plazo. Por lo tanto, no parece que sea preciso que se establezca ningún procedimiento especial de liquidación de los intereses moratorios. Sería como exigir un sistema de liquidación para fijar la cuantía de lo que el deudor debe al acreedor en el procedimiento de ejecución de una hipoteca ordinaria. Si el acreedor solicita la ejecución de la hipoteca por una cantidad superior a la que realmente debe el deudor, porque éste ya ha pagado parte de su deuda, le basta al deudor presentar ante el Juez el comprobante del pago efectuado. Por tanto, pienso que no es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se pacte un sistema de liquidación de la deuda por intereses moratorios para que estos puedan pagarse en la ejecución hipotecaria a través del procedimiento judicial sumario.

b') La posibilidad de impugnación de la cuantía de la deuda alegada por el acreedor.

Esta posibilidad viene prevista por la ley, con precisión de los trámites a seguir, en el curso del procedimiento del artículo 131 para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes y de obligaciones con cláusulas de estabilización y en el primero de los casos se exige que se haga referencia a ella en la escritura de constitución de hipoteca, pero no así en el segundo. Parece que la aplicación analógica del artículo 153 LH en conexión con el 245 RH hace exigir a la RDGRN el requisito de que conste en la escritura la posibilidad de impugnación. Pero lo primero que habría que hacer es justificar esta aplicación analógica. En el caso de la hipoteca con cláusulas de estabilización la ley no prevé que esta circunstancia conste en la escritura de hipoteca. Y en los supuestos de hipoteca con interés variable la ley no prevé ni siquiera el procedimiento de impugnación. Es decir, ante una hipoteca de cuantía indeterminada, ¿por qué aplicar analógicamente las normas que regulan la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y no las que regulan la hipoteca en garantía de obligaciones con cláusula de estabilización o con obligaciones sujetas a interés variable? A no ser que entendiéramos aplicable analógicamente el artículo 153 también a las otras hipotecas de las que venimos hablando. Pero ¿por qué exigir que la referencia a la posibilidad de impugnación conste en la escritura pública de constitución de hipoteca? A fin de cuentas lo relevante es que en el procedimiento exista tal posibilidad, aunque no se haya previsto en la escritura de constitución de la hipoteca. Y por tanto no soy partidario de la extensión analógica de un requisito (el de la mención en la escritura de constitución de hipoteca del procedimiento de impugnación) cuya finalidad resulta difícil descubrir<sup>183</sup>. Se podría encon-

<sup>183</sup> Además, señalemos que hay que ir con cuidado en la aplicación analógica del artículo 153, pues el pacto de las partes sobre modificaciones en el procedimiento del

trar una justificación a que en la escritura de constitución de hipoteca se exigiese la fijación de un procedimiento de impugnación, pero no basada en principios reguladores del derecho de hipoteca, sino en principios de protección de los consumidores, para que éstos conozcan sus derechos y posibilidades de defensa ante las reclamaciones del acreedor, en el supuesto de que el préstamo hipotecario fuese otorgado por un particular y no por una entidad de crédito. Pero ni aún así la justificación es clara, pues lo relevante es que el Juez ante la reclamación del acreedor le dé la posibilidad de defenderse, con independencia de que se haya o no pactado en la escritura de hipoteca.

Ahora bien, como anuncia el final del párrafo anterior, una cosa es que no sea necesario que las partes prevean en la escritura de hipoteca un sistema de impugnación de la liquidación por intereses moratorios presentada por el acreedor y otra que el Juez no pueda dar esta posibilidad, aún no habiéndose pactado, por aplicación analógica del artículo 153 LH o 219 RH. García García<sup>184</sup> opina que en el procedimiento de ejecución en cuanto a los intereses de demora pueden seguirse los trámites del artículo 153 o procederse por la vía normal del artículo 131, al igual que para los intereses ordinarios, según la escritura se haya o remitido o no al artículo 153. Pero, en mi opinión, sin haberse pactado esta remisión al artículo 153, el Juez también podría acudir a él. Aún más, el Juez, sin acudir a la aplicación analógica del artículo 153, también podría trasladar al deudor la liquidación de los intereses moratorios presentada por el acreedor para que éste alegara lo que proceda y resolver. En este caso no se habrían de observar los plazos y requisitos exigidos por el artículo 153. De hecho esto es lo que se hace en la práctica para los intereses ordinarios, aunque el artículo 131 LH no prevé que se dé este trámite<sup>185</sup>.

c') El requisito de la duración.

Por último, en cuanto al requisito de la duración del que habla la RDGRN de 20 mayo de 1987, parece que es un requisito recogido por mimetismo del artículo 153 que, en su primer párrafo, exige que en la escritura de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito conste

---

artículo 131 (y pactar un trámite de oposición allí donde la ley no lo prevé es introducir una modificación) está taxativamente prohibido por la ley (art. 129, primer párrafo, *in fine*). Se aparta de esta opinión ÁVILA NAVARRO, Pedro, en *La Hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, 1990, p. 125, que parece exigir, de acuerdo con las directrices dadas por la RDGRN de 20 de mayo de 1987, que en la escritura de hipoteca ha de pactarse el sistema de liquidación, que habrá de ser el previsto por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, es decir certificación de la entidad de crédito con la mención de los últimos párrafos del artículo 153 LH, tal como exige el artículo 245 RH.

<sup>184</sup> *El procedimiento...*, p. 160.

<sup>185</sup> Así se evita el peligro, del que advierte GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento...*, p. 160), de que será más fácil la impugnación en el juicio declarativo ordinario si se ha actuado por la vía normal del artículo 131, ya que la vía del artículo 153 ofrece ya la oportunidad al deudor, dentro del procedimiento judicial sumario, de impugnar o aceptar los intereses de demora y evitar que el día de mañana se plantee un juicio declarativo ordinario que dé lugar a la nulidad de actuaciones.

la duración, que parece que hay que entender se trata de la duración de la cuenta corriente. Pero esta exigencia, que resulta comprensible para este supuesto, no resulta tanto cuando estamos hablando de intereses de demora. En el caso de cuentas corrientes de crédito es lógico que se exija la constancia de la duración de la misma, para saber cuando será exigible la deuda. Pero, ¿qué significa el término duración aplicado a la deuda de intereses moratorios? La deuda por intereses moratorios no tiene, ni hace falta que lo tenga, un plazo determinado para exigirse. Las cosas no funcionan como en la deuda de intereses remuneratorios, que tiene señalado un plazo de vencimiento. No es que los intereses moratorios se exijan periódicamente, sino que en el momento de reclamar la cantidad adeudada se reclama la cantidad debida por intereses moratorios. En conclusión no me parece que sea necesario establecer en la escritura de constitución de hipoteca, para que ésta garantice los intereses moratorios, ninguna referencia a una duración, que, como hemos visto, no queda claro de qué duración se trata<sup>186</sup>.

#### 4. SI A LOS INTERESE MORATORIOS SE APLICA EL LÍMITE DEL ARTÍCULO 114

a) *La DGRN aplica este límite, pero entendiendo –sin fundamento legal, en nuestra opinión– que la suma de intereses remuneratorios y moratorios cubierta por la hipoteca, no puede exceder, por imperativo legal a cinco anualidades de intereses remuneratorios.* –La DGRN, en las RR de 23 y 26 de octubre de 1987, se ha pronunciado a favor de la aplicación de este límite. Después de señalar las diferencias entre los intereses remuneratorios y moratorios aclara: *Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses... el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria* (Fundamento de Derecho 3.º, 2.ª cuestión, al final). Obsérvese que, según esta doctrina, la responsabilidad por los intereses moratorios tendrían dos toques: uno, la cantidad máxima de responsabilidad fijada en la cláusula de constitución de la hipoteca de máximo, aplicable tanto entre las partes como frente a terceros; otro, inferior al primero, aplicable sólo en beneficio de terceros, el número de anualidades de intereses moratorios del artículo 114 (la anualidad corriente y las dos últimas transcurridas, si no se pacta nada o un máximo de cinco años, si se pacta).

Ahora bien, la doctrina de estas resoluciones parece decir algo más de lo que dice si en la cita anterior añadimos sobre los puntos suspensivos el inciso que he omitido intencionadamente: *y que sólo a estos efectos*

---

<sup>186</sup> Quizás alguno podría pensar que se trata de poner un límite al tiempo durante el que devenga los intereses moratorios. Pero este límite ya vendría impuesto por el artículo 114 de la ley, aparte de que, en todo caso, este límite no es necesario para limitar cuantitativamente la responsabilidad hipotecaria que vendría limitada por el requisito del tope máximo.

*deben computarse conjuntamente.* ¿Qué ha querido decir con que los intereses remuneratorios y moratorios deben computarse conjuntamente? Un sector de los Registradores, como hemos visto, entiende que hay una cuantía máxima (la correspondiente a tres anualidades de intereses remuneratorios, ampliables a cinco, si se pacta) de la que no pueden exceder la suma de los intereses remuneratorios y moratorios garantizados por la hipoteca, doctrina que se refleja en el clausulado de algunos préstamos hipotecarios<sup>187</sup> y que también parece acogerse en algunas resoluciones jurisprudenciales<sup>188</sup>. También hemos visto que no hay fundamento legal suficiente para esta interpretación. El artículo 114 limita los intereses cubiertos por la hipoteca en perjuicio de tercero a la anualidad corriente y los dos últimos años transcurridos. Y se permite un pacto de ampliación a un máximo de cinco años. No dice que la suma de intereses remuneratorios y moratorios cubiertos por la hipoteca no puede exceder a la anualidad corriente y dos más de intereses remuneratorios o a cinco anualidades si así se ha pactado<sup>189</sup>.

b) *El límite del artículo 114 LH también se aplica a los intereses moratorios de modo que sólo estarán garantizados los devengados dentro del período delimitado por la parte vencida de la anualidad corriente y las dos anteriores, salvo se pacte la ampliación a cinco anualidades.*—Partiendo de la existencia del artículo 114, su finalidad impone que se aplique a los intereses moratorios. La razón de limitar la responsabilidad hipotecaria por intereses remuneratorios frente a terceros (que éstos no piensen que la finca responde por unos intereses que realmente no se deben, pues se pagaron, disminuyendo así injustificadamente la solvencia real del deudor) también se da en relación a los intereses moratorios. Si respondiese de todos los intereses moratorios la solvencia del deudor quedaría disminuida injustificadamente las más de las veces porque la mayoría de los deudores no son morosos. En el caso de los intereses

---

<sup>187</sup> Según el contrato modelo utilizado por una entidad financiera se constituye hipoteca en garantía de la devolución del principal, el pago de sus intereses remuneratorios al tipo máximo del 12 por ciento anual durante tres anualidades, de la cantidad de ... Ptas. para costas y gastos... y de la cantidad de... pesetas para intereses de demora... *entendiéndose que en ningún caso los intereses remuneratorios más los de demora podrán exceder del equivalente a cinco anualidades de interés, y que en el caso de que excedieran se reducirán los de demora en el importe excedido...*

<sup>188</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 1992 (RGD 1992, p. 12055, Fundamento de Derecho Quinto, al final) acoge el recurso del ejecutante e incluye dentro de los intereses a pagar con el precio los moratorios hasta el máximo de 2.250.000 pesetas pactado y argumenta que esta cantidad incluso sumada a la correspondiente a la de intereses remuneratorios no supera en su conjunto el límite máximo estipulado de responsabilidad frente a terceros (capital por cinco anualidades).

<sup>189</sup> El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 1993 (RGD 1993, p. 5156, Fundamento de Derecho Quinto) concede al ejecutante el pago con el precio del remate de todos los intereses remuneratorios debidos, que agotaban los correspondientes a cinco años (ver Fundamento de Derecho Cuarto, segunda parte), y, además, de los moratorios. Mas como en este caso no había terceros y se podían pagar todos los intereses, no se puede citar esta resolución en contra de un límite conjunto de garantía de intereses para los remuneratorios y moratorios.



moratorios la aplicación del artículo 114 no es tan transcendente como en el de los remuneratorios, ya que, en cuanto hipoteca de máximo, se pacta un tope de garantía hipotecaria de intereses moratorios no sólo frente a terceros, sino también entre partes. Pero la aplicación correcta del artículo 114 a los intereses remuneratorios y moratorios supone que la hipoteca cubre los intereses devengados durante las fechas que forman la anualidad corriente y las dos anteriores tanto sean remuneratorios como moratorios. En el supuesto de los moratorios, además, esta cifra ha de estar dentro de la que se pacta como tope máximo. Otra cuestión, de la que ya nos hemos ocupado, es la de las fechas en que comienza y acaba el período de la anualidad corriente y las dos anteriores, y si los intereses devengados durante el procedimiento quedan afectados por el límite del 114.

Uceda<sup>190</sup> entiende de otra forma la expresión que utilizan las anteriores RRDGRN, *deben ser computados conjuntamente*, referida a los intereses remuneratorios y de demora: las anualidades temporales a las que se extiende la garantía hipotecaria serán las mismas tanto en un caso como en otro y no cabe que se garanticen, dentro del límite del artículo 114, unas anualidades para los intereses remuneratorios y otras de fechas distintas para los moratorios<sup>191</sup>. Muro también se muestra contrario a la doctrina de las RRDGRN, de 23 y 26 de octubre de 1987, entendida en el sentido de que la garantía hipotecaria por la suma de intereses remuneratorios y moratorios no puede exceder a cinco años de intereses remuneratorios; estima que al tratarse de dos obligaciones con naturaleza y origen diverso deben ser computados separadamente a los efectos del artículo 114 de la LH<sup>192</sup>.

Sin embargo, ha habido opiniones en contra de la aplicación del límite del artículo 114. Del RÍO<sup>193</sup> lo justifica en que si la cobertura real de

<sup>190</sup> *El artículo 114 de la Ley Hipotecaria y la ejecución de la hipoteca por los trámites del procedimiento judicial sumario del artículo 131...*, p. 89.

<sup>191</sup> Si el cómputo de las anualidades se efectúa retrospectivamente a partir del momento de la reclamación ejecutiva, o a partir de la finalización del procedimiento de ejecución, es difícil pensar en la posibilidad de que las anualidades garantizadas para unos y para otros sean distintas. Si el momento inicial del cómputo de las anualidades para los intereses remuneratorios hubiera sido el de la adquisición del derecho real sobre la finca por el tercero, sí cabe pensar en la posibilidad de computar anualidades distintas para unos intereses y otros, es más, forzosamente tendrían que ser distintas. Porque en el momento de la adquisición de la finca por el tercero ya se habrán devengado intereses remuneratorios, pero no forzosamente intereses moratorios, puesto que la fecha del vencimiento de la deuda de devolver el capital bien ha podido no llegar y ha podido no pactarse que los intereses vencidos no pagados devenguen intereses moratorios. Por otra parte, la fijación del momento de cómputo de las anualidades de los intereses remuneratorios en el momento de la adquisición por el tercero del derecho real sobre la finca gravada exigiría que, para los intereses moratorios, se buscara otro momento a partir del cual iniciar el cómputo.

<sup>192</sup> *Hipoteca en garantía del interés...*, p. 168 al final.

<sup>193</sup> DEL RÍO GARCÍA DE SOLAS, Ignacio, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, septiembre-diciembre de 1987, p. 5107. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis María, *Calificación registral de los préstamos hipotecarios*, RCDI 1988, p. 1827. Éste se limita a decir que es inscribible la cláusula que garantiza con hipoteca los intereses moratorios con una cifra autónoma de responsabilidad y sin el límite de los cinco años que establece el artículo 114. Si con ello quiere decir que se puede pactar que la hipoteca

ambos intereses debe ser diferenciada, no debe regir la limitación temporal del artículo 114 de la Ley, aunque, por exigencia del principio de especialidad, deba determinarse el tipo de intereses y el tiempo de devengo, pero sin que tenga que ajustarse a los cinco años del artículo 114.2<sup>194</sup>. Ya he planteado antes mis dudas sobre la necesidad del límite del artículo 114, mas mientras esté vigente pienso que los intereses moratorios se verán afectados<sup>195</sup>.

## V. LIQUIDACIÓN DE INTERESES REMUNERATORIOS Y MORATORIOS EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

### 1. MOMENTO EN QUE SE EFECTÚA LA LIQUIDACIÓN

*Una vez consignado el precio; hay razones para no practicarla después de adjudicada la finca en la subasta, pero antes de la consignación del precio. Especialidad en el caso de que el adjudicatario sea el acreedor.*—La liquidación se efectúa una vez consignado el precio por el rematante, siempre que sea superior al capital debido, porque si no, no hay necesidad de efectuarla. Podría pensarse en que la liquidación de intereses ya se practicara una vez adjudicada la finca en la subasta sin esperar la consignación del precio, pero veremos que esto no se hace y hay razón: porque si la subasta cae en quiebra habrá que hacer una nueva liquidación de intereses que no coincidirá con la primera, pues, como veremos a continuación, los intereses se calculan hasta la fecha de la celebración de la subasta. Si el rematante es el acreedor, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de enero de 1997 entiende que la liquidación ha de efec-

---

garantice intereses moratorios en perjuicio de tercero por un plazo superior a cinco años, está admitiendo que el artículo 114 no se aplica a los intereses moratorios. Ahora bien, si con ello se limita a decir que para que sea inscribible la cláusula basta que aparezca una cifra máxima de responsabilidad por estos intereses y no es necesario que aparezca una limitación de anualidades de los intereses por los que responde la hipoteca, cuando haya un tercero, ya que la limitación, se pacte o no, vendrá impuesta por la ley, la conclusión es diferente.

<sup>194</sup> No parece que la determinación del tiempo de devengo sea un requisito impuesto por el principio de especialidad. Si señala un límite máximo alzado de responsabilidad por intereses moratorios y el tipo del interés moratorio, no es necesario establecer un límite temporal de los intereses moratorios garantizados.

<sup>195</sup> MUÑOZ VILLALÓN (*Hipoteca en garantía del interés...*, pp. 167 y 168) expone una serie de argumentos en contra de la aplicación del artículo 114 a los intereses moratorios (por su origen el 114 se pensó sólo para los intereses remuneratorios y, al ser un precepto limitativo de derechos, debe entenderse en forma estricta; por otra parte, como a los intereses moratorios no se aplica el plazo de prescripción quinquenal, sino el general, no se daría la similitud con los cinco años —plazo máximo— del artículo 114; además, por su carácter penal, podrían ser moderados por los tribunales, sin necesidad de someterlos al límite temporal del art. 114), otros a favor de su aplicación (en los intereses de demora se dan las mismas razones de protección a terceros que motivaron el art. 114 y especialmente la presunción de abandono de la acción por la incuria del acreedor; donde la ley no distingue, no se debe distinguir; si no se aplicase la limitación, se facilitaría se defraudase el art. 114 vía intereses de demora) y parece pronunciarse por esta última postura, que es la seguida por la DGRN.

tuarse antes de la consignación del precio, pues éste no está obligado a consignar todo el precio sino, la diferencia entre el precio y lo que se le debe por principal e intereses (regla 15 del art. 131 LH, primer párrafo) y si el acreedor tuviera que consignar la diferencia sin concretar el crédito definitivo, después, si aquél fuera superior habría que reintegrar al actor de lo consignado, generando con ello dobles actuaciones judiciales y de parte <sup>196</sup>. Esto retrasaría la consignación del precio, ya que el procedimiento de liquidación de intereses puede alargarse. Por eso algunos Juzgados exigen al acreedor adjudicatario que consigne la diferencia entre el precio de adjudicación y la cantidad máxima de responsabilidades hipotecarias pactadas en la escritura. Si después de la liquidación de intereses éstas son menores, al acreedor se le exigirá una consignación adicional. Esta solución parece correcta, pues al acreedor no sale beneficiado en relación con otros adjudicatarios que han de consignar a los ocho días de aprobado el remate (regla 15 del art. 131 LH) ni tampoco se le hace consignar una cantidad superior a la definitiva, sino, en todo caso, inferior.

## 2. HASTA QUÉ FECHA SE CALCULAN LOS INTERESES

*En la práctica judicial se liquidan los intereses devengados hasta la fecha de la celebración de la subasta.*—Ésta es la solución reflejada en algunas sentencias que aparecen en los repertorios de jurisprudencia <sup>197</sup>. En teoría, tendrían que liquidarse los intereses devengados hasta la fecha en que el acreedor tiene a su disposición el dinero para cobrar, que es la fecha en que el rematante consigna el precio. La diferencia no es mucha, puede ser como máximo 8 días de intereses, pero en los casos en que la deuda ascienda a cientos de millones de pesetas, 8 días de intereses pueden representar una cantidad relevante. He sido informado de que algunos Juzgados admiten la liquidación de intereses hasta el día de la consignación, pero no he encontrado reflejo en los repertorios de jurisprudencia consultados. Pero el devengo de intereses no debe ir más allá. Los que puedan tener derecho al sobrante del precio no tienen la culpa de que el acreedor aún tarde en cobrar.

Normalmente sólo hay que calcular los intereses devengados desde la presentación de la demanda, ya que los devengados antes se han calculado con la presentación de la demanda <sup>198</sup>. En el supuesto de que la demanda presentara un desfase y no reclamara todos los intereses devengados

<sup>196</sup> RGD 1997, p. 6360, Razonamiento Jurídico Quinto.

<sup>197</sup> Ver nota siguiente.

<sup>198</sup> Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 1991 (RGD, p. 8193) en la relación de los antecedentes señala: *6.º Practicada... la liquidación de intereses desde la interposición de la demanda hasta la celebración de la subasta...* (Razonamiento Jurídico Primero). Y el Auto de la Audiencia de Badajoz de 13 de octubre de 1994 (Aranzadi Civil 1781) también recoge entre los antecedentes de hecho la afirmación de que la liquidación de intereses que se practicaba lo era sólo sobre el capital pendiente desde la fecha de la certificación de la deuda... al día de la tercera subasta (Fundamento de Derecho Segundo).

hasta el día de presentación de la misma, sino hasta una fecha anterior, no veo inconveniente para que la liquidación efectuada ahora comprenda esos intereses devengados antes de la presentación de la demanda, pero que no se pidieron en la misma.

### 3. CÁLCULO DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS

*A los intereses remuneratorios que se debían a la fecha de la presentación de la demanda hay que añadir los que se devenguen durante el procedimiento, si es que se devengan.*—Si se ejecuta la hipoteca porque el prestatario, una vez finalizado el plazo, no devuelve la cantidad prestada, como estamos en período de mora del deudor, a los intereses devengados durante el procedimiento más bien les corresponde el calificativo de moratorios que de remuneratorios. Se devengarán intereses remuneratorios durante el procedimiento: A) En el caso de préstamos de amortización gradual, sin cláusula de vencimiento anticipado por impago de intereses o de cuotas de amortización, y se ejecute la hipoteca antes del vencimiento de la totalidad del préstamo por las cantidades adeudadas hasta la fecha: el préstamo sigue vigente durante la tramitación del procedimiento y, por tanto, continuará devengando intereses remuneratorios según lo pactado. A los intereses remuneratorios solicitados con la presentación de la demanda se habrán de añadir los intereses remuneratorios devengados desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha de la celebración de la subasta. Es un caso que difícilmente se dará en la práctica, pues —aparte de que siempre hay cláusula de vencimiento anticipado— un acreedor hipotecario no promueve la ejecución de la hipoteca sólo por intereses o por una parte del capital pendiente de devolución. Esperará a que venza todo el capital para ejecutar la hipoteca por un doble motivo: a) si lo hace antes el rematante adquirirá la finca hipotecada con el gravamen de la hipoteca por las cantidades aún no vencidas, con lo que perjudicaría el precio a obtener en el remate; b) evitar los gastos de una segunda ejecución hipotecaria, pues probablemente el deudor tornará a incumplir las obligaciones que aún no habían vencido cuando se ejecutó la hipoteca. B) En el caso de que se haya pactado una cláusula de vencimiento anticipado por impago, el préstamo no devenga durante el procedimiento intereses propiamente remuneratorios, sino moratorios, pues la obligación ya está vencida y el deudor ha de devolver toda la cantidad pendiente de pago. Pero si, según veremos a continuación, los intereses moratorios no se calculan sobre la totalidad del capital pendiente de devolución durante la duración del procedimiento, sino sólo sobre las cantidades que por intereses remuneratorios o amortización de capital el deudor tendría que haber ido entregando a lo largo del período de tiempo de duración del procedimiento, según el cuadro de cuotas a pagar pactado, en este caso durante el procedimiento se devengan los intereses remuneratorios que el deudor, según el cuadro de cuotas a pagar inicialmente pactado, debe pagar. C) También se devengarán intereses remunerato-

rios durante el procedimiento en casos de préstamos de vencimiento único –y sin cláusula de vencimiento anticipado por impago de intereses– cuando la hipoteca se ejecute sólo para cobrar intereses impagados antes de llegar al vencimiento del préstamo. Esto no sucederá en la práctica porque el acreedor esperará a que venza el capital para ejecutar conjuntamente por intereses y capital.

#### 4. CÁLCULO DE LOS INTERESES MORATORIOS

*A los intereses moratorios que se debían a la fecha de presentación de la demanda hay que añadir los que se devenguen durante el procedimiento. En los préstamos de amortización gradual con cláusula de vencimiento anticipado los intereses moratorios se calculan sobre la totalidad de la cantidad pendiente de devolución o sólo sobre las cuotas que, según el plan de amortización pactado, tenía que haber recibido el prestamista durante el procedimiento, dependiendo de los términos del contrato.*—En el supuesto de préstamos de amortización gradual con cláusula de vencimiento anticipado, a la hora de presentar la demanda, los intereses moratorios se pueden aplicar sólo por las cuotas de amortización vencidas y no satisfechas a la hora de presentación de la demanda o por todo el capital no amortizado, dependiendo de los términos del contrato. El mismo problema se plantea en cuanto a los intereses moratorios devengados durante el procedimiento. Hay cláusulas que autorizan a aplicarlos sobre toda la cantidad pendiente de pago –imagino que será la fórmula utilizada por la mayor parte de entidades financieras–<sup>199</sup>, pero otras sólo autorizan a aplicarlos sobre las cuotas de amortización de capital que el deudor tenía que haber devuelto durante la duración del procedimiento, según el plan inicialmente pactado<sup>200</sup>. Mas si se adopta esta última solución los

<sup>199</sup> En el supuesto de que la parte prestataria demorase el pago de cualquier obligación vencida, bien en su vencimiento original o por aplicación de la Estipulación Octava (vencimiento anticipado) el saldo debido devengará, de forma automática, sin necesidad de reclamación o intimación alguna... intereses... de tres puntos por encima del tipo aplicable.

<sup>200</sup> **Intereses de demora.**—*En caso de que alguna de las cuotas antes reseñadas para la amortización parcial del presente préstamo y el pago de sus intereses remuneratorios, que a estos efectos se entenderán capitalizados, no se hiciera efectiva a su correspondiente vencimiento... el importe de la misma devengará día a día... un interés de demora... al tipo resultante de incrementar en cinco puntos el... nominal... Tales sumas se liquidarán asimismo día a día. El importe de los intereses de demora se obtendrá multiplicando el importe de la cuota impagada por el tipo de interés de demora y el número de días transcurridos desde el siguiente al vencimiento y dividiendo el producto por 36.000. **resolucion anticipada...** podrá... proceder a la reclamación del principal pendiente de devolución, intereses devengados y no satisfechos... En cualquier caso de resolución anticipada los intereses dejarán de devengarse de forma periódica pasando a devengo diario y calculándose su importe en la forma antes reseñada para los intereses de demora, pero al tipo nominal vigente en el momento de producirse el evento. Ello sin perjuicio de que, en caso de producirse el vencimiento anticipado por impago de cuotas, el acreedor conserva su derecho a percibir intereses de demora. Obsérvese que en ningún momento se establece que todo el capital pendiente de devolución, cuando se produce un vencimiento anticipado, devenga intereses de demora; éstos sólo se pactan para las cuotas de amortización parcial e intereses remuneratorios no pagados en el momento debidos y el final de la cláusula trans-*

intereses moratorios también se aplicarán sobre las cantidades de intereses remuneratorios que, según lo pactado, el deudor tendría que haber ido pagando durante la duración del procedimiento. Esta última convención es más equitativa. Parece excesivo hacer pagar intereses moratorios por cantidades que el prestamista, según el plan de amortización pactado, todavía no tiene derecho a cobrar, aunque sí tiene en virtud de la cláusula de vencimiento anticipado. Es razonable que las partes pacten intereses moratorios por los retrasos en el cumplimiento del plan de pago de los intereses remuneratorios y de las cuotas de amortización, como un medio para prevenir el retraso en el pago o como una indemnización por el perjuicio ocasionado al prestamista por no poder disponer de unos ingresos que preveía recibir. Pero no lo es tanto pactar intereses moratorios por las cantidades de capital que vencen anticipadamente. La cláusula de vencimiento anticipado tiene por finalidad principal que el acreedor pueda ejecutar la hipoteca por la totalidad del préstamo. No creo que el acreedor hipotecario persiga con esta cláusula la posibilidad de cobrar unos intereses moratorios sobre las cuotas que vencen anticipadamente y que, según el plan inicial de devolución del préstamo no tendría derecho a recibir aún. Ya suficiente castigo sufre el deudor con tener que devolver anticipadamente el préstamo como para que encima haya de pagar intereses moratorios por estas cantidades. Sólo habría de pagar intereses moratorios por las cantidades que, según lo pactado, tendría que ir devolviendo a lo largo del procedimiento hipotecario.

Si se pacta que los intereses moratorios, en los casos de vencimiento anticipado, se aplican sobre todo el capital pendiente de amortización, éstos se devengarán. Quizás podría considerarse tal cláusula abusiva, pero, por de pronto, que yo sepa, no ha habido ningún pronunciamiento de la jurisprudencia ni de la DGRN en este sentido. Si el préstamo hipotecario está redactado en unos términos tales que resulta dudoso si los intereses moratorios, en los supuestos de vencimiento anticipado, se aplican sobre la totalidad del capital pendiente de devolución o sólo sobre las cuotas atrasadas, según el plan inicial de amortización pactado, las razones expuestas en el párrafo anterior favorecen esta última interpretación.

## 5. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DE INTERESES

a) *En la práctica no hay un criterio uniforme en el procedimiento de liquidación de intereses.*—Así, Ortiz de Navacerrada<sup>201</sup>, después de preguntarse sobre la aplicación del procedimiento de los artículos 928 y siguientes de la LEC, concluye que el texto literal de la regla 15, al referirse conjuntamente al crédito y los intereses, parece excluir toda incidencia liquidatoria, al menos para los intereses hipotecarios; y dice que en la

---

crita no quiere decir que los intereses de demora se apliquen sobre todo el capital pendiente de devolución, sino sobre las cuotas e intereses que a partir del vencimiento anticipado tendría que haber ido pagando el deudor, según el plan inicial pactado.

<sup>201</sup> *La reforma del artículo 131...*, Actualidad Civil 1986, pp. 1837 y 1838.

práctica de nuestros Juzgados se produce con frecuencia tal automatismo: en tanto que habitualmente se someten a liquidación, con traslado y posible impugnación por el deudor, los reclamables, en su caso, fuera del límite del artículo 114 LH. Mas, de la jurisprudencia que hemos analizado y de la información obtenida de algunos Abogados, llegamos a una conclusión diferente: la práctica judicial es, al menos hoy en día, que los intereses se someten a liquidación con traslado y posible impugnación del deudor. De todas formas, este contraste hace pensar que no sería extraño que no hubiera un criterio uniforme en cuanto a la liquidación de intereses.

b) *Agunos Juzgados aplican el procedimiento que prevé la LEC para liquidar los daños y perjuicios a los que ha condenado una sentencia cuando ésta no fija su importe en cantidad líquida (arts. 928 a 931 y, en su caso, 937 a 945)*<sup>202</sup>.—En virtud de este procedimiento el acreedor ha de presentar la liquidación de intereses<sup>203</sup> con copia para el deudor<sup>204</sup> (arts. 928 y 929, al principio). El Juez da traslado de dicha liquidación al deudor y le da la posibilidad de oponerse en seis días (art. 929). Si el deudor se muestra conforme o no contesta en el plazo de seis días se da por buena la liquidación presentada por el acreedor (art. 930). Si se opone, la ley se limita a decir (art. 937) que se recibirá a prueba el incidente, a petición de parte, si el Juez la estima necesaria; pero Manresa<sup>205</sup> entiende

<sup>202</sup> FERNANDEZ-RIFA-VALLS (*Derecho Procesal Práctico*, t. V, Madrid, 1995, p. 202) señalan que para cuantificar en dinero el alcance de la responsabilidad del deudor ejecutado establece la LEC dos procedimientos con algunas diferencias. Uno sirve exclusivamente para determinar la cantidad de dinero por la que deba ejecutarse cuando la sentencia condena una condena ilícita a indemnizar daños y perjuicios (arts. 928 a 931 y, en su caso, 937 a 945). El otro es un procedimiento de carácter general que debe utilizarse en todos los demás casos en que, por cualquier causa, la cuantificación sea necesaria (arts. 933 a 945). La segunda fase del procedimiento es igual en ambos casos ya que se les aplican los mismos artículos (937 a 945). La fase inicial difiere en que en el primero de los procedimientos enumerados es al acreedor a quien corresponde presentar una propuesta de liquidación que se traslada al deudor para que a los seis días conteste aceptándola o impugnándola (928 a 931), y en el segundo es el deudor quien ha de presentar la propuesta de liquidación de la que se da traslado al acreedor para que en el plazo de también seis días conteste aceptándola o impugnándola (932, 935 y 936); también se prevé en este segundo procedimiento que si el deudor no presenta la liquidación en el plazo previsto se le conceda un segundo término con la advertencia de que si no lo hace se pedirá al acreedor que la presente (933 y 934); el legislador no ha estimado necesario prever estos extremos en el primero de los procedimientos, pues es el acreedor el primer interesado en presentar la liquidación y no es imaginable que deje de hacerlo. En el supuesto de la liquidación de intereses en la ejecución hipotecaria, los Jueces no acuden al procedimiento que los autores citados califican de general para ser utilizado en los demás casos en que la cuantificación sea necesaria ya que la liquidación de intereses la presenta el acreedor y no el deudor.

<sup>203</sup> La puede presentar por propia iniciativa o a instancias del Juez. Los Juzgados requieren al acreedor para que la presente, pues, si no lo hace —cosa difícil de imaginar ya que va contra sus intereses— el acreedor podría paralizar el procedimiento y retrasar la liberación del deudor.

<sup>204</sup> Según MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV, Madrid, 1955, p. 503) son aplicables a estos procedimientos las disposiciones de los artículos 515 y siguientes, como lo indica el 929, y por tanto, deben acompañarse copias del escrito y de la relación de perjuicios, como también de los documentos que pueden presentarse para justificarla.

<sup>205</sup> *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV, Madrid, 1955, p. 503 al final.

que el deudor ha de presentar el escrito de oposición con copia para su traslado al acreedor. No basta con que el deudor se oponga simplemente, sino que ha de aportar cuál es la liquidación que cree correcta<sup>206</sup>. El deudor, en este momento, se podrá oponer no sólo a la liquidación de los intereses devengados a partir de la presentación de la demanda, sino también a la liquidación de los intereses reclamados con la demanda, aunque ya ha podido oponerse antes<sup>207</sup>. Si ninguna de las partes solicita la prueba —después veremos qué sucede si la solicitan— el Juez ha de convocar a las partes a una comparecencia dentro de los ocho días siguientes, *luego que se presente el escrito impugnando la liquidación* (art. 940, párr. 2.º). La redacción sugiere que la comparecencia ha de hacerse dentro de los ocho días siguientes a aquel en que se recibió el escrito de oposición del deudor, pero si del mismo se da traslado al acreedor, parece que los ocho días se habrían de contar a partir de aquel en que se produce dicho traslado. Quizás la redacción del segundo párrafo del artículo 940 presupone, en contra de lo que dice Manresa, que del escrito de oposición del deudor no se ha de dar traslado al acreedor. En la comparecencia, además de escuchar las pretensiones de las partes, el Juez las exhortará a un acuerdo (art. 941). Dentro de los tres días siguientes a la comparecencia el Juez dictará la resolución que estime justa (art. 942), que es apelable ante el Tribunal superior, en este caso, la Audiencia. Si el deudor no se opone a la liquidación de intereses presentada por el acreedor, el procedimiento es rápido, pero si se opone se puede alargar tanto, que los acreedores prefieren aceptar la pretensión del deudor con tal de cobrar cuanto antes<sup>208</sup>. El alargamiento del procedimiento de liquidación puede deberse, aparte de por causas comunes a cualquier procedimiento<sup>209</sup>, a que se reciba el inci-

<sup>206</sup> En este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 8 de febrero de 1994 (Aranzadi Civil 350) que en el problema suscitado por la liquidación de un interés variable la Audiencia entendió que la deudora debió aportar cuál era la liquidación a su juicio correcta, pues el incidente opositorio tiene un ámbito limitado a la comparación de las liquidaciones respectivas de acreedor y deudor (Fundamento de Derecho Cuarto). Parece que lo que se atacaba no era la liquidación definitiva al final del procedimiento, sino la liquidación de intereses reclamados con la demanda, pero igualmente vale la afirmación para el supuesto de liquidación definitiva.

<sup>207</sup> Efectivamente, aunque no hay un trámite previsto en el procedimiento del artículo 131 de la LH el deudor ha podido presentar al Juez un escrito en que le advierte que la liquidación de intereses es incorrecta. El Juez podría remitir la solución al momento en que se proceda a la liquidación definitiva de intereses.

<sup>208</sup> Me han informado de un supuesto en que el procedimiento de liquidación, no sólo de intereses, sino también de las costas judiciales llegó a durar dos años.

<sup>209</sup> Incluyo dentro de estas causas que los Jueces no cumplan los plazos previstos, por ejemplo, se dice que la comparecencia se ha de hacer dentro de los ocho días y el Juez no respeta este plazo de ocho días o se dice que el Juez ha de resolver dentro de los tres días siguientes a la comparecencia y el Juez no resuelve. Esto no es extraño ni imputable a los Jueces, tal como están los Juzgados sobresaturados de trabajo. También el retraso puede venir motivado por el tiempo necesario para realizar todos los actos de comunicación o traslado que la ley no prevé se hayan de realizar dentro de un plazo determinado, porque se supone que se han de hacer inmediatamente, pero que llevan su tiempo. Por ejemplo, la liquidación de intereses se ha de trasladar al deudor y para ello la LEC no señala ningún plazo determinado. Se entiende que nada más recibida por el juzgador,



dente liquidatorio a prueba y a que se apele la resolución del Juez de primera instancia decidiéndolo. El artículo 937 permite que las partes soliciten recibir el incidente a prueba y el Juez también podría ordenar alguna como diligencia de mejor proveer<sup>210</sup>. En estos supuestos se puede solicitar la práctica de una prueba pericial<sup>211</sup>, pues el cálculo de intereses es una cuestión compleja que necesita de un experto. El deudor habrá de solicitar la prueba en el escrito de oposición<sup>212</sup>, aunque si presenta éste antes de los seis días, pienso que aún podría solicitarla después de presentarlo, antes de transcurrir éstos. En cuanto al acreedor, Manresa entiende que habría de solicitar la prueba en el escrito de liquidación de intereses previendo que el deudor la impugne<sup>213</sup>. Es cierto que según el artículo 938 el término de la prueba no podrá exceder de 20 días y que si esto se observase así dentro de estos 20 días la parte tendría que haber aportado el informe pericial. Y dentro de los ocho días siguientes, según el artículo 940, el Juez habría de haber convocado a las partes a comparecencia, y dentro de los tres días siguientes a la comparecencia, decidir la cuestión. Desde que el deudor presenta la liquidación de intereses, como máximo habrían de transcurrir 37 días (6 que tiene el deudor para contestar, más 20 para practicar la prueba, más ocho para la comparecencia, más 3 para resolver el Juez) más otros plazos indeterminados (lo que tarde el Juez en dar traslado de la liquidación al deudor, en dar traslado del escrito de oposición al acreedor, en decidir admitir el incidente a prueba, señalando término para la misma). Contados así los términos, quizás nos movemos dentro de unos plazos razonables, pero la prueba pericial no se puede practicar en 20 días, pues el procedimiento de nombramiento de peritos puede durar mucho más, con lo cual se alargan los plazos. Lo único que se puede hacer es exigir al perito que, una vez nombrado, decida en veinte días. Y, por fin, si se apela la resolución judicial, el cobro de los intereses por parte del acreedor se puede alargar notablemente. Aunque la apelación, según el artículo 942, será a un solo efecto y el artículo 943 permite al acreedor cobrar la cuantía de intereses no discutida por el deudor y sólo la diferencia entre la fijada por el Auto apelado y la consentida por el deudor queda depositada hasta que se resuelva la apelación.

---

inmediatamente ha de trasladarla, pero puede ser que este proceso dure varios días. O en el caso de que el deudor acepte la liquidación presentada por el deudor se entiende que el Juez la aprobará y ordenará se pague al acreedor inmediatamente, pero forzosamente ha de tomar algún tiempo y la experiencia enseña que pueden surgir imponderables que lo retrasen (enfermedad, traslado del Juez o del secretario judicial).

<sup>210</sup> Así lo entiende MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, p. 512.

<sup>211</sup> En esta fase pienso que la prueba no tendrá por objeto, salvo excepciones, averiguar si el deudor ya había pagado determinadas cantidades al acreedor que éste niega haber cobrado. En caso de controvertirse este punto, seguramente el deudor ya lo habrá alegado anteriormente, pues aunque no hay un trámite previsto en el procedimiento del artículo 131 LH, nada impide que el deudor presente un escrito ante el Juez.

<sup>212</sup> Así lo entiende MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, p. 512.

<sup>213</sup> *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento*, p. 512.

c) *Otros aplican el procedimiento de liquidación de costas (art. 426 y siguientes de la LEC) que remite a los incidentes cuando hay oposición del deudor.*—Los formularios de las obras de Brocà-Majada<sup>214</sup> y Fernández-Rifa-Valls<sup>215</sup> prevén que se dé traslado de la liquidación de intereses al deudor para que éste pueda oponerse, pero en lugar de darle seis días para oponerse, según lo previsto en el artículo 929, le dan tres, según lo previsto en el artículo 426 LEC, que regula el procedimiento de tasación de costas, ya que el Juzgado da traslado al deudor de la liquidación de intereses junto con la tasación de costas. Desde un punto de vista práctico, es razonable que se proceda al mismo tiempo a la tasación de costas y liquidación de intereses y que se trasladen ambas conjuntamente al deudor y por lo tanto que se le conceda el mismo plazo para oponerse en ambos casos. Pero no hay que olvidar que son dos conceptos distintos y, por lo tanto, no tendría que extrañar que tuvieran distinto plazo de oposición. Plazo que para la tasación de costas viene señalado expresamente por la ley (art. 426 LEC) y que para la liquidación de intereses puede resultar de la aplicación analógica de las normas de los artículos 928 y siguientes de la LEC. Y encontramos algunas resoluciones jurisprudenciales en el sentido de que la impugnación de la liquidación de intereses y la de costas deben seguir caminos distintos<sup>216</sup>. En cambio, si sometemos la liquidación de intereses al procedimiento de tasación de costas, si hay oposición por parte del deudor, se habrá de seguir el trámite de los incidentes (arts. 749 y ss), al que remite el artículo 429 de la LEC cuando se

<sup>214</sup> BROCÀ-MAJADA, *Práctica Procesal Civil*, t. X, obra adaptada por CORBAL FERNANDEZ, Jesús, y GARCÍA VARELA, Román; el tomo X actualizado por GARCÍA VARELA con la colaboración en esta parte de M.<sup>a</sup> Manuela IGLESIAS NÚÑEZ, Barcelona, 1996, p. 166.

<sup>215</sup> *Derecho Procesal Práctico*, t. VII, Madrid, 1995, p. 272.

<sup>216</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de junio 1991 (RGD, p. 8312): *Siguiendo una costumbre muy extendida, pero no por ello menos incorrecta, por el Juzgado a quo se ha practicado una tasación de costas en la que se ha incluido la liquidación de intereses como formando parte de las mismas... pero ni en el sistema actual ni en el anterior los intereses han formado parte de la tasación, ya que ésta tiene sus propios sistemas de impugnación por excesivas o indebidas, y en el caso en autos ha permitido la irregularidad procesal de aprobación parcial de la tasación practicada, lo que se hubiera evitado realizando separadamente la tasación de costas y la liquidación de intereses (Razonamiento Jurídico Segundo).*

<sup>217</sup> Así se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de septiembre de 1996 (Aranzadi Civil 1775, Fundamento de Derecho Primero, segundo párrafo): *Quiere con ello decirse que de no haber conformidad con la tasación de costas que se practique o con la liquidación de intereses, como es el caso, se formará pieza separada y se tramitará por los trámites de los incidentes.*

<sup>218</sup> Ya hemos visto que, según los artículos 928 y ss., si el deudor se opone a la liquidación de intereses la LEC no prevé que el Juez dé traslado al acreedor del escrito de oposición —aunque MANRESA opina que hay que darle—, sino que (suponiendo que no haya prueba) una vez presentado el escrito del deudor oponiéndose a la liquidación cita a las partes a una comparecencia dentro de los ocho días siguientes (art. 940) y a los tres días el Juez resuelve por auto (art. 942). En cambio, si se sigue el trámite de incidentes, el artículo 749 de la LEC impone que se dé traslado del escrito de oposición de la liquidación de intereses al acreedor para que conteste en el plazo de seis días y, si no se solicita prueba, a continuación el Juez manda se traigan los autos para sentencia con citación de las partes (art. 751). En este caso no es necesaria la comparecencia de las partes ante el Juez previamente a que éste dicte la resolución, pero el artículo 756 prevé que cualquiera de ellas

impugna la tasación de costas por haberse incluido partidas indebidas<sup>217</sup>. Este trámite presenta algunas diferencias<sup>218</sup> sin importancia con el de los artículos 928 y siguientes, pero en lo sustancial son similares (en ambos procedimientos se puede solicitar prueba, hay posibilidad de una vista ante el Juez en que las partes exponen sus alegaciones). Por otro lado, estos formularios prevén que el acreedor haga su propuesta de tasación de costas, mediante la presentación de los justificantes de los gastos que le ha ocasionado el procedimiento, pero no prevén que presente una propuesta de liquidación de intereses y presuponen que es el Secretario quien realiza la liquidación. Mas como es ésta una operación compleja, que puede requerir unos conocimientos que no tienen por qué poseer un jurista, en la práctica el acreedor presenta la liquidación de intereses y es ésta la que el Secretario judicial traslada al deudor y no una realizada por él.

d) *Al deudor se le ha de notificar la liquidación de intereses aunque no haya comparecido en el procedimiento; también a los titulares de cargas posteriores que han comparecido.*—Se siga uno u otro procedimiento de liquidación de intereses, al deudor se le ha de notificar ésta. Es la práctica judicial. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 1993<sup>219</sup> se pronuncia en este sentido. También se habrá de notificar a los titulares de cargas posteriores que hayan comparecido en el procedimiento, pues, les interesa proteger su derecho al sobrante, controlando que la liquidación es correcta y que no excede de los límites del artículo 114 LH.

---

puede pedir dentro de los dos días siguientes al de la citación que se celebre una vista ante el Juez. Si las partes no lo solicitan el Juez dictará sentencia dentro de los cinco días posteriores a los dos días siguientes al de la citación y si se celebra la vista dentro del quinto día posterior a la misma. Como se ve las diferencias no son relevantes. En cuanto a la duración de un procedimiento parece que el procedimiento de los artículos 928 y ss. la acotan más que la de los incidentes. Porque en el primer caso establece el plazo dentro del cual se ha de citar a comparecencia a las partes (ocho días, luego que se presente el escrito del deudor impugnando los intereses) y a los tres días ha de dictar la resolución. Mientras que en el procedimiento de los incidentes, una vez presentado por el deudor el escrito oponiéndose a los intereses se ha de trasladar al acreedor, se le dan seis días para contestar y a partir de la contestación la LEC no señala los plazos para que se cite a las partes (art. 751) con el objeto que éstas puedan solicitar una vista previa a la resolución judicial, y si lo solicitan tampoco el plazo dentro del cual el Juez ha de señalar la vista (a la mayor brevedad posible, dice el art. 756).

<sup>219</sup> RGD 1993, p. 5156, Fundamento de Derecho Quinto, al final: ... *sin perjuicio de la impugnación de esa liquidación y tasación de costas por la deudora hipotecaria... al no constar en el testimonio de particulares que la Sala tiene a la vista que le hayan sido notificada...*

# Fotografía y Derecho de autor

**PAZ SOLER MASOTA**

Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

SUMARIO.—I. *Presentación del tema.*—II. *El concepto (legal) de fotografía:* 1. La noción de fotografía. 2. La noción de «procedimiento análogo».—III. *El sistema dual de protección de las fotografías:* 1. En general.—2. La obra fotográfica: requisitos para su protección: A. Preliminar. B. La fotografía debe constituir una creación. C. La fotografía debe ser original. D. La creación original debe expresarse en un soporte tangible o intangible. E. Proyección de las anteriores condiciones sobre la composición. 3. Las meras fotografías: requisitos para su protección.—IV. *Contenido de la protección:* 1. En general. 2. Los derechos de explotación comunes al autor de una obra fotográfica y al realizador de una mera fotografía. 3. El derecho del autor de una obra fotográfica de autorizar su transformación por terceros. 4. El derecho moral del autor de una obra fotográfica.—V. *Límites de la protección conferida a las fotografías.*—VI. *La duración de la protección concedida a las fotografías.*—VII. *Algunas consideraciones sobre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía.*—VIII. *Algunas consideraciones sobre la transmisión (inter vivos) de los derechos de explotación sobre la fotografía.*

Dedicado a mi padre, Francisco Soler Montalar.

De él me quedan las mejores imágenes.

Y también en homenaje a Gabriel Cualladó y Francisco Gómez.

## I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Una fotografía puede constituir una captación artística de la realidad. En la actualidad ya nadie cuestiona que la fotografía sea una forma de arte autónoma, merecedora de una protección singular que se vincula a la técnica que posibilita su producción y a la materia en que halla su expresión artística.

Sin embargo, no fue así en los albores de la fotografía, cuando se creía que la imagen existía *natur legis* y que, por tanto, el fotógrafo no podía realizar una composición artificial y, por ende, creativa. A lo largo del tiempo, esta dialéctica ha impregnado (y empañado) la discusión científica en esta materia. Aún hoy, y como ha de verse, ciertas reminis-

cencias de esta tensión perviven en la delimitación de lo que debe entenderse por fotografía (en el plano jurídico-técnico), ante la imparable evolución de las técnicas de captación de imágenes.

No es menos cierto que los esfuerzos por procurar una adecuada protección jurídica a la fotografía se remontan a las primeras manifestaciones de esta técnica y se orientan, desde el principio, en función del mayor o menor contenido artístico de la imagen fotográfica<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, la fórmula legal más evolucionada es aquella que distingue entre «obras fotográficas» con plena protección por Derecho de autor, y «meras fotografías» o imágenes a las que se garantiza un derecho afín. Este esquema dual, acogido en nuestra Ley de Propiedad intelectual<sup>2</sup> es, sin duda alguna, el más convincente desde un punto de vista dogmático<sup>3</sup> y es, por lo demás, acorde con la realidad: mientras que en muchas fotografías se aprecian los trazos de una creación espiritual y personal de las protegibles por Derecho de autor<sup>4</sup>, se convendrá en que tal impronta falta

<sup>1</sup> Vid., en el ámbito español, BERCOVITZ, R., en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Tecnos) 1997, 2.ª ed., sub artículo 128, pp. 1710-1711; o COCA, M./MUNAR, P. A., en la primera edición de la citada obra, sub artículo 118, pp. 1594-1596. Entre la literatura no jurídica vid. DAVENPORT, A., *The History of Photography an overview*, Mass., Boston (Focal) 1991; ROSENBLUM, N., *A World history of photography*, New York (Abbeville) 1989; en lengua castellana vid. SOUGEZ, M. L., *Historia de la fotografía*, Madrid (Ediciones Cátedra), 5.ª ed., 1994, especialmente pp. 343 ss; LEMAGNY, J. C./ROUILLE, A., *Historia de la fotografía*, Barcelona (Martínez Roca) 1988; NEWHALL, B., *Historia de la fotografía desde sus orígenes a nuestros días*, con apéndice sobre la fotografía española a cargo de J. Fontcuberta, Barcelona (Gustavo Gili), 1983. En relación con la historia de la fotografía española, vid. ulteriormente LÓPEZ MONDÉJAR, P., *Historia de la fotografía en España*, Madrid (Lunwerg), 1997.

<sup>2</sup> RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE núm. 97, de 22 de abril (en adelante citada como LPI).

<sup>3</sup> También se manifiesta en este sentido BONDÍA, F., en BONDÍA, F./RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid (Civitas), 1997, sub artículo 128, p. 479. Entre la doctrina alemana, cuyo ordenamiento parte asimismo de esta distinción básica, vid. GERSTENBERG, E., en SCHRICKER, G., *Urheberrecht. Kommentar*, München (Beck'sche), 1987, sub §72, n. m. 4, p. 856. En efecto, y como ha de verse, la diferencia entre ambas figuras conduce a una más rigurosa definición de la «originalidad» exigida para la protección de una fotografía como obra de carácter artístico. Esta es la razón que ha llevado en el presente trabajo a optar por exponer los caracteres de nuestro sistema jurídico recurriendo de modo selectivo al Derecho y literatura comparados; en concreto, será constante la referencia al ordenamiento alemán. Para el estudio de otros sistemas me permito remitir a los trabajos de GENDREAU, Y., *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994; HEITLAND, H., *Der Schutz der Fotografie im Urheberrecht Deutschlands, Frankreichs und der Vereinigten Staaten von Amerika*, München (Beck'sche), 1995; o para el sistema italiano SAVINI, A., *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova (CEDAM), 1989, todos ellos con ulteriores referencias.

<sup>4</sup> A la consideración del carácter artístico de la fotografía no ha sido ajena la celebración de certámenes y exposiciones, de carácter nacional e internacional; como tampoco lo es la cotización que alcanzan las obras fotográficas en el mercado del arte. Vid. GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 3, p. 855. De hecho, el reconocimiento del arte fotográfico por ciertas instituciones ha sido determinante para que la fotografía como género (primero) y la obra singular de destacados fotógrafos (más tarde) accediese a los museos (recuérdese aquí el impacto –cuyo rastro es perseguible

en la gran masa de fotografías. Con todo, no puede negarse la evidente dificultad que la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía puede revestir en algunos casos. Misión del intérprete es, pues, facilitar la tarea mediante la provisión de criterios lo más precisos y objetivos posible.

El presente trabajo se divide, a tal fin, en varias secciones. En la primera de ellas se presenta la noción de «fotografía» que es relevante a efectos de aplicación del régimen legal (*infra* apartado II). En la segunda sección se aborda el núcleo de la cuestión, a saber, la convivencia en el seno del sistema legal previsto para la tutela de las fotografías de dos regímenes distintos en función de la existencia de una obra o de una prestación que carece de la altura creativa suficiente para calificarse como obra (*infra* apartado III). La tercera sección se ocupa de analizar algunas de las cuestiones más controvertidas acerca del alcance de la protección prevista para las fotografías (*infra* apartados IV-VI). Para terminar, se incluyen algunas consideraciones relativas a la titularidad de la propiedad intelectual sobre la fotografía (*infra* apartado VII), así como sobre la transmisión (inter vivos) de los derechos de explotación (*infra* apartado VIII).

## II. EL CONCEPTO (LEGAL) DE FOTOGRAFÍA

El artículo 10.1.h) LPI menciona, entre las creaciones protegibles, a «las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía». Por su parte, el artículo 128 LPI relativo a la protección de las meras fotografías maneja las nociones de «fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla». Pero ninguno de ambos preceptos contiene una definición de lo que deba entenderse por *fotografía* ni por *obra o reproducción expresadas u obtenidas por procedimiento análogo a la fotografía*.

### 1. LA NOCIÓN DE FOTOGRAFÍA

El silencio de nuestro legislador coincide con el mantenido en otros ordenamientos. Ante ello, la doctrina especializada está de acuerdo en sostener que la ley presupone bajo el concepto de *fotografía* el de «una fijación química (de una imagen) conformada por la proyección de rayos

---

entre nuestros mejores fotógrafos— de la exposición organizada por el Museum of Modern Art de Nueva York, «The Family of Man», en 1955; o, entre muchas otras, la repercusión de las diferentes ediciones —1951, 1954, 1959— de la exposición «Subjektive Fotografie» organizadas por Otto Steinert: no es de extrañar que en la década de los sesenta, importantes galerías de arte europeas y americanas se especializaran en el género fotográfico). Demostrativo de la apreciación del arte fotográfico es, en fin, el considerable aumento de publicaciones sobre la obra de fotógrafos reconocidos: *vid.* NORDEMANN, A., *Verwertung von Lichtbildern*, en BEIER, F. K./GÖTTING, H. P./LEHMANN, M./MOUFANG, R. (eds.), *Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag*, München (Beck'sche), 1995, pp. 477 y ss., p. 477.

de luz» o, si se prefiere, el de «una imagen creada por efecto de energía radiada»<sup>5</sup>. Es ésta una definición descriptiva de un fenómeno conocido pero también amplia, lo que permite su vigencia intemporal. Sobre lo anterior, la recepción legal de dicho fenómeno se realiza de modo diverso en función de la existencia (o falta) de una nota ulterior: el carácter de «obra». Así las cosas, si a aquella noción aséptica se superpone la cualidad de «obra» estaremos ante una *obra fotográfica*, definible como aquella imagen fotográfica, figurativa o abstracta, que implique una creación original de la mente humana<sup>6</sup>. De su parte, por *mera fotografía* cabrá entender aquella que no constituya una creación espiritual de la índole anterior, pero que implique algo más que una simple captación mecánica de una imagen preexistente en la realidad<sup>7</sup>.

## 2. LA NOCIÓN DE «PROCEDIMIENTO ANÁLOGO»

La doctrina comparada entiende por procedimiento análogo todo aquel que, a resultas de la utilización de energía en forma de rayos, permite la creación de una imagen<sup>8</sup>. A la luz de la noción amplia de fotografía que acogimos en líneas anteriores resulta imposible la diferenciación con el hacer fotográfico. En verdad, dado que las imágenes creadas por procedimiento análogo al fotográfico reciben el mismo tratamiento que las fotografías y que, de otro lado, tampoco hay limitación de medios de exteriorización (al menos para las obras), la cuestión no ha de resultar vidriosa en la práctica<sup>9</sup>. Ello no exime, empero, de encontrar un criterio diferenciador<sup>10</sup>.

Común a la fotografía y a la imagen creada por procedimiento análogo es ser resultado de un proceso que utiliza la energía radiada. En lo que se diferencian es en la singular forma de «impresión» o de «producción» de la imagen.

<sup>5</sup> La doctrina comparada suele acoger definiciones muy amplias, ya sea inclinándose por la vertiente de fenómeno químico (reacción del material sensible por efecto de la luz o del calor), ya sea por la vertiente de carácter físico (reacción del material sensible por efecto de la radiación). Vid. RIEDEL, H., *Fotorecht für die Praxis*, München (Verlag Photo Technik International GmbH), 1988, 4.<sup>a</sup> ed., pp. 18-19; o HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 20-21, ambos con ulterior referencia bibliográfica.

<sup>6</sup> Cuestión distinta, como aún ha de verse, es la apreciación de la cualidad de obra, tan difícil de determinar debido a la naturaleza del fenómeno que es, en su esencia, una captación de la realidad.

<sup>7</sup> Sigo en esencia a Gerstenberg en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 5, p. 856. Ambas nociones serán objeto de ulterior desarrollo en apartados posteriores de este trabajo (*infra sub III*).

<sup>8</sup> Vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 6, p. 857. Ésta concepción es fruto, a su vez, de la jurisprudencia constante de los tribunales alemanes.

<sup>9</sup> En este sentido *vid.* asimismo RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 22.

<sup>10</sup> No es acogible la posición de quienes califican este esfuerzo de inoportuno por conducir a una definición que, en un futuro no muy lejano, puede quedar obsoleta o confinada a unos márgenes muy estrechos. En el sentido criticado *vid.* LOEWENHEIM, U., en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §2, n. m. 114, p. 144; o NORDEMANN, A., *Die künstlerische Fotografie als urheberrechtlich geschütztes Werk*, Baden-Baden (Nomos) 1992, p. 63, quien por otra parte no distingue entre fotografía y obra obtenida por procedimiento análogo.

Bajo la noción de imagen fotográfica se comprenden la diapositiva, la imagen estereoscópica, la creada por radioscopía (radiografía), la creada por rayos infrarrojos, ultrarrojos y ultravioleta, y la microfotografía<sup>11</sup>. Todas ellas responden a un proceso de reproducción similar que básicamente comprende el revelado del material sensible impresionado, su proyección sobre papel u otro tipo de material (lo que permite el positivado de la imagen), y el revelado ulterior de ese material.

De su parte, en los procedimientos análogos se aprecia una forma de producción del negativo similar a la fotográfica, pero una forma diversa de producción del positivado de la imagen. Se adscriben aquí, de un lado, gran número de procedimientos de reproducción fotomecánica (entre muchos otros, la decoloración, la oleobromia, la litografía, el huecograbado, el grabado sobre caucho, etc.)<sup>12</sup>; de otro lado y sobre todo, se inscribe aquí la filmación de imágenes mediante cámara, por cuanto los rayos de luz captados por el aparato se transforman –gracias a un dispositivo interno– en impulsos eléctricos que pueden ser enviados directamente (piénsese en una transmisión de TV en directo) o grabados en un soporte magnético (como ocurre cuando se filma una película)<sup>13</sup>. En particular, es protegible el fotograma o imagen aislada procedente de una secuencia filmada (también, por tanto, las imágenes televisivas singulares de una emisión en directo). No es, pues, relevante la fijación duradera de la obra en la materia para su protección por Derecho de autor. En efecto, el objeto de protección por Derecho de autor no es la obra (en su caso, la prestación) material, sino la obra (o prestación) inmaterial y espiritual<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Es debido recordar la contribución a la microfotografía de don Santiago Ramón y Cajal (son famosas sus microfotografías de cortes histológicos, así como sus cromofotografías). De su gran afición a la fotografía y a la investigación sobre la técnica fotográfica da buena prueba, entre muchos otros trabajos, su monografía *Fotografía de los colores. Bases científicas y reglas prácticas*, Madrid (Imprenta y Librería de Nicolás Moya), 1912, con apéndice bibliográfico sobre las aportaciones del autor en la materia. Cajal fue también precursor del microfilm (en el libro citado y como curiosidad, se recogen cuatro «autofotografías» microscópicas –de 1,5 mm– visibles al microscopio o con lupa de gran aumento, que Cajal efectuó ¡en 1879 ó 1880!, utilizando como placa un portaobjetos emulsionado al gelatino-bromuro argéntico).

<sup>12</sup> Vid. ampliamente RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., pp. 22-23. A la impresión gráfica original se ha asimilado la fotografía artesanal (con revelado manual) porque plantea el mismo problema de reproducibilidad en serie: BERCOVITZ, G., *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid (Tecnos), 1997, pp. 40-41.

<sup>13</sup> Vid. MAABEN, W., *Urheberrechtliche Probleme der elektronischen Bilverarbeitung*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), 1992, pp. 338 ss., con ulteriores referencias. En la práctica alemana se ha extendido la noción de *fotografía* para toda imagen cuyo soporte sea un medio óptico inmediatamente aprehensible por el ojo humano, mientras que la noción de *procedimiento análogo* se refiere a aquellas imágenes captadas por un procedimiento electrónico, cuya visión requiere un procesamiento previo. Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 23, n. 19. Como señala acertadamente el autor, tampoco esta noción acaba de ser precisa, por cuanto la «microfotografía» sólo puede ser aprehensible de utilizarse medios auxiliares, y la «electrofotografía» (o reproducción electrostática) produce de forma inmediata una imagen visible sólo si se aplica tóner.

<sup>14</sup> En el ámbito de la fotografía vid. GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 6, p. 857.



La creación de imágenes por ordenador no parece, en cambio, calificable como procedimiento análogo al fotográfico. No es correcta, en primer término, la afirmación proveniente de cierto sector de la doctrina alemana según la cual la protección ha de otorgarse a la imagen concreta visualizada en la pantalla, cual producto análogo a la imagen fotográfica<sup>15</sup>. Y ello, porque la concreta visualización es la reproducción incorporal de la imagen contenida en el programa<sup>16</sup>, esto es, la conformación derivada del *input* de órdenes expresadas mediante impulsos electromagnéticos que se representan gráficamente por medio de un código de unos y ceros. De ahí que tenga sentido distinguir entre el programa y el concreto *display* que sólo puede crearse en su conformación fáctica por la preexistencia de un programa. Lo anterior también es extensible a las variaciones de imágenes previamente digitalizadas. No es irrelevante, en segundo término, con qué procedimiento se crea la imagen<sup>17</sup>. La imagen en pantalla es creada discrecionalmente por virtud del programa subyacente, esto es, de aquello que fue grabado o introducido en el programa. La aportación humana (sea una auténtica creación o una simple prestación) tuvo lugar con la grabación, estadio en el cual la imagen es todavía inaprehensible por el ojo humano. La visualización de la imagen es, de su parte, tan sólo una prestación mecánica pre-programada. Las posibilidades de que el usuario pueda influir en la imagen se deben, a su vez, a si están pre-programadas<sup>18</sup>.

### III. EL SISTEMA DUAL DE PROTECCIÓN DE LAS FOTOGRAFÍAS

#### 1. EN GENERAL

La incorporación de la fotografía al ámbito de las creaciones protegibles por Derecho de autor se ha debido a las lógicas presiones de los fotógrafos profesionales. Alcanzado aquel objetivo primario, las demandas de este colectivo se orientan en la actualidad a obtener una mayor flexibilidad en la valoración del nivel creativo exigible para hablar de una obra fotográfica. De algún modo puede advertirse el éxito de esta estrategia en la Directiva 93/98 sobre armonización del período de protección del dere-

<sup>15</sup> En el sentido criticado, cfr. fundamentalmente KOCH, F. A., *Rechtsschutz für Benutzeroberflächen von Software*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 1991, pp. 180 y ss., p. 184; quien habla incluso en estos casos de una imagen creada por energía radiada; o WIEBE, A., «*User Interfaces*» und *Immaterialgüterrecht*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (GRUR Int.), 1990, pp. 21 y ss., p. 32. Entre nosotros se hace eco de esta posición BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., p. 111.

<sup>16</sup> MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., pp. 338-340.

<sup>17</sup> En el sentido objetado *vid.* WIEBE, *últ. loc. cit.*

<sup>18</sup> Como parece obvio, en los programas de diseño gráfico, la composición final (aislada) merecerá protección como dibujo.

cho de autor y de determinados derechos afines<sup>19</sup>: ya en el Preámbulo se anuncia que la armonización de los plazos de protección encierra una finalidad de orden económico, cual es (aquí) la de proteger aquellas fotografías que sean significativas en el mercado por su carácter artístico o profesional<sup>20</sup>. Estimo, con todo, que la comprensión del sistema dual de protección que la Ley española ofrece a las fotografías no puede realizarse en clave estrictamente profesional. Siempre a mi juicio, la bondad del sistema dual responde a una ponderación de intereses más amplia que se resuelve en dar cobijo satisfactorio a las necesidades de los fotógrafos sin menoscabar las bases sobre las que se asienta el sistema de protección de los derechos de autor. Desde esta perspectiva, no ha de implicar graves problemas la definición rigurosa de las nociones de «obra fotográfica» y «mera fotografía», reservándose la primera noción para las fotografías que satisfagan un nivel similar (y, en definitiva, alto) al exigido en originalidad y creatividad al resto de las obras; e inscribiéndose bajo la segunda noción (mera fotografía) aquellas prestaciones fotográficas de carácter fundamentalmente técnico, esto es, imágenes cuya concepción y ejecución no implique un esfuerzo intelectual relevante (v. gr.: las tomas rutinarias de un reportero gráfico). Es más, la delimitación entre «obra fotográfica» y «mera fotografía» no ha de depender de la condición profesional del fotógrafo. En efecto, entiendo que la adscripción a una u otra categoría se ha de realizar en función del esfuerzo creativo que, en concreto, incorpora la imagen. Así, estaremos ante una obra fotográfica protegible cuando la imagen implique una *composición original*. A falta de lo anterior, la imagen será eventualmente protegible como mera fotografía cuando la configuración de la imagen captada implique una *variación mínima* respecto de lo común o cotidiano. Entendido en los términos anteriores, no toda imagen fotográfica ha de acceder, por el solo hecho de serlo, a la protección otorgada por el Derecho de autor.

---

<sup>19</sup> Directiva 93/98 del Consejo de 29 de octubre de 1993, DOCE, serie L núm. 290, de 24 de noviembre de 1993, p. 9 (en adelante citada como *Directiva*).

<sup>20</sup> *Vid.* Considerando 17.º Directiva. Late bajo esta posición la idea de que la protección del Derecho de autor no se condiciona a la existencia de una prestación creativa elevada. Ahora bien, tampoco vale decir que la Directiva auspicia que toda fotografía sea protegible (*vid.* entre nosotros las observaciones realizadas por BERCOVITZ en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub art.* 10, pp. 191-192). Al cabo, la Directiva respeta la diferencia dogmática entre una obra y una prestación, pero no entra a regular esta segunda modalidad. En cuanto a la primera, se dice que las fotografías son protegibles cuando constituyan obras individuales en el sentido de ser el resultado de una creación espiritual propia de su autor (art. 6 Directiva). Por más que no quede clara la línea divisoria entre obra fotográfica y mera fotografía, lo cierto es que la Directiva no acogió las ideas patrocinadas en los trabajos preparatorios: *vid.* en especial artículo 3 de la Propuesta de 7 de enero de 1993, DOCE, serie C, núm. 27, de 30 de enero de 1993, en el que se proponía que toda fotografía (con independencia de si era una obra o una prestación) debía gozar de un plazo de protección (unitario) de 70 años. A esta intensificación en la protección de las fotografías no es ajena, como decíamos, la iniciativa de las asociaciones profesionales. A destacar la del grupo «Pirámide Europa», integrada por las diferentes Pirámides Nacionales, entre la que se encuentra la española.

De este modo, la frontera entre ambas figuras, obra fotográfica y mera fotografía, es sólo difusa en el sentido de no admitir afirmaciones válidas con carácter absoluto, como tampoco probablemente la construcción de grupos de casos plenamente fiables. Pero dicho esto, la cuestión siempre podrá resolverse en el supuesto concreto, pues toda fotografía admite un juicio sobre su originalidad. La verdadera dificultad estriba en la provisión de criterios que permitan, en la práctica, orientar certeramente el análisis relativo. Al efecto distinguiremos entre los requisitos de protección de una obra fotográfica y de una mera fotografía.

## 2. LA OBRA FOTGRÁFICA: REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN

### A) PRELIMINAR

Para que la fotografía sea protegible como obra debe constituir una creación original del espíritu humano, en este caso de carácter artístico (cfr. art. 10.1 LPI). Como en otro tipo de obras, la originalidad ha de juzgarse en función de un elemento de carácter objetivo (la novedad o diferenciación respecto de lo conocido) y otro de carácter subjetivo (el contenido espiritual de la obra, la impronta personal del autor). Importa ahora determinar sobre qué ha de proyectarse el referido juicio de originalidad.

Es de todos conocida la afirmación según la cual una creación es original si constituye la expresión de un esfuerzo propio del autor en su concepción y/o ejecución. Pues bien, en el caso de la fotografía, la concepción de la obra es, fundamentalmente, elección (y, en su caso, disposición y preparación) del motivo, encuadre y determinación de la iluminación adecuada. Ejecución, de su parte, implica elección de los aspectos técnicos necesarios para plasmar aquella concepción; esto es, para fijar la imagen (existente en la mente del fotógrafo) y hacerla aprehensible al ojo humano; ejecución es, pues, captación de la imagen —o lo que es lo mismo, impresión del material sensible que resulta de pulsar el disparador de la cámara— así como el revelado del material sensible impresionado. Así las cosas, cabe que la imagen cuya originalidad se valore haya sido «vista» por el fotógrafo cuando la captó (así ocurrirá por lo general con imágenes que exijan gran preparación, pero también con fotografías artísticas cuya oportuna captación se deba al ojo entrenado del fotógrafo). En estos casos, el proceso de revelado o ejecución posee un carácter puramente instrumental respecto de la concepción originaria<sup>21</sup>. Cabe asimismo que, durante la fase de positivado de la imagen, el fotógrafo advierta una compo-

---

<sup>21</sup> Aunque también entonces el fotógrafo se enfrenta al problema de positivizar aquella concepción. Así lo expresaba H. CARTIER-BRESSON, en *El mundo de Henri Cartier-Bresson*, Lumen (Barcelona), 1968: «Al hacer las ampliaciones, debemos respetar los valores de la fotografía original y, para reproducirla fielmente, debemos esforzarnos en recrear el ambiente de la escena real. Debemos reproducir aquel equilibrio que nuestra vista constantemente establece entre luces y sombras, y ésta es la razón por la que la última fase de la creación fotográfica ocurre en el laboratorio».

ción distinta de la primaria (esto es, que conciba una nueva imagen). No es infrecuente que el motivo se reencuadre<sup>22</sup>, o que se invierta el negativo para mejorar la lectura de una foto<sup>23</sup>, o que se seleccione un motivo o detalle entre los presentes en la composición primigenia y se le dé nuevo formato al positivo. Además, la imagen puede someterse a ulteriores manipulaciones en el procedimiento del positivado<sup>24</sup>. De modo que en el proceso que media desde que se concibe mentalmente una fotografía hasta que se produce una versión en positivo de la imagen pueden ocurrir muchas cosas: que resulten una o varias obras fotográficas; (más dudoso pero posible) que una mera fotografía sirva para desarrollar posteriormente una obra fotográfica; y también, como veremos al tratar de transformación, que una fotografía sea el primer paso para realizar una obra nueva de carácter fotográfico o de otro tipo.

De lo anterior se colige que el rasgo característico de una obra fotográfica sea la existencia de una composición original en la imagen cuestionada (que, a su vez, podrá coincidir con la que se concibió y dio lugar a la captación originaria, como ser el fruto de un ulterior esfuerzo creativo). Sobre la composición de la imagen que se visualice en concreto habrá de proyectarse, pues, el juicio de originalidad. Con el solo propósito de facilitar la exposición, se supone en lo sucesivo que la imagen originariamente concebida por el fotógrafo coincide con la ejecutada después en el laboratorio.

## B) LA FOTOGRAFÍA DEBE CONSTITUIR UNA CREACIÓN

Para su protección plena por Derecho de autor, la fotografía ha de ser, en primer lugar, resultado de un acto creativo del hombre. El cumplimiento de esta condición no ofrece problema alguno, pues es evidente que la imagen fotográfica deriva de la aplicación de medios técnicos que son manipulados por el hombre. La intervención del hombre en este proceso es, además, voluntaria: el fotógrafo concibe mentalmente una imagen —es indiferente que ésta sea figurativa o abstracta— y trata de captarla. De modo que para hablar de creación es necesario que preexista una concepción del resultado previsible. No obsta a estos efectos que la captación de imágenes sea espontánea o casual, si bien la captación de la imagen no puede ser absolutamente casual, pues en tal caso no cabe hablar

<sup>22</sup> V. gr.: descartando elementos de la composición primaria; o girando la imagen para conseguir un efecto dinámico; o corrigiendo —o creando— una distorsión, etc.

<sup>23</sup> Algunas imágenes son armónicas si se leen de izquierda a derecha, y están en cambio llenas de tensión si se leen a la inversa.

<sup>24</sup> Entre otras, las manipulaciones pueden consistir en el desenfoque selectivo de algunas zonas o elementos; la creación de sombras; la creación de reservas (aclarando u oscureciendo zonas para crear perspectivas o cambios atmosféricos, o relieves o halos) o difusiones (para eliminar manchas o arrugas o cicatrices del motivo fotografiado); las manipulaciones del tiempo de exposición (sobreexposición y subexposición) y revelado (sobrerrevelado o subrevelado) para conseguir un determinado contraste; la realización de virajes, baños o blanqueados; la ejecución de montajes; la realización de retoques (como el raspado, o la cobertura con pigmentos), etc.

de un acto creativo; ni siquiera, muy posiblemente, de la existencia de una mera fotografía<sup>25</sup>.

El factor decisivo es, pues, que el fotógrafo haya planeado y fijado el resultado. El que se sirva al efecto de un instrumento de ayuda no merma la cualidad creativa de su aportación. La cámara es como un cuaderno en el que se apunta la realidad en las dimensiones de espacio y tiempo, pero sin intuición ni sensibilidad, los esbozos se convierten en fútiles. Por ello, el hecho de que la cámara sea muy avanzada no necesariamente limita la creatividad del fotógrafo, pues su talento o fantasía no depende de las reglas de la óptica, física o química. Antes al contrario, éstas son ciencias que amplían el campo de acción del fotógrafo e incluso ayudan a mejorar su expresión. Es más, el aporte técnico puede contribuir a una más justa apreciación del proceso de creación<sup>26</sup>, en la medida en que el fotógrafo se sirva de sus conocimientos o de las propiedades de la cámara para obtener ciertos efectos en la captación de la imagen. En todo caso, la cámara será siempre un mero instrumento en las manos del fotógrafo, en tanto que sea él quien cause una prestación creativa mediante el motivo elegido, su encuadre e iluminación, tiempo de exposición, apertura del objetivo, velocidad, etc. Vale decir, pues, que el elemento principal es la selección del motivo (o detalle) y perspectiva desde la que se capta, por cuanto en las modernas máquinas automáticas, el resto de funciones puede confiarse a la técnica. Con la elección del motivo y su encuadre, el hombre ya realiza su acto creativo. Y ello por cuanto la intervención de la cámara no es aquí, como ocurriría en el caso de una computadora, ni aleatoria ni autónoma: la imagen a captar preexiste. Su selección previa por el ojo humano satisface –siquiera mínimamente– el concepto de creación. En todo el proceso, la cámara no es más que la prolongación de la vista del fotógrafo. Lo que cuenta, en definitiva, son las imágenes resultantes<sup>27</sup>.

### C) LA FOTOGRAFÍA DEBE SER ORIGINAL

Para que una fotografía pueda reputarse original ha de ser nueva en un sentido tanto subjetivo como objetivo; esto es, se requiere que la fotografía constituya una concepción individual de su autor, perfectamente diferenciable de la masa de lo cotidiano y rutinario<sup>28</sup>. A mi entender, ambas facetas son necesarias para ponderar la creatividad y originalidad

<sup>25</sup> Sobre la cuestión *vide infra* sub III. 3.

<sup>26</sup> *Vid.* GENDREAU, Y., *La protection des photographies*, ob. cit., pp. 22-23.

<sup>27</sup> Así lo expresaba R. DOISNEAU: «Si tu fais des images, ne parle pas, n'écris pas, ne t'analyse pas, ne réponds à aucune question» (cita tomada de *Robert Doisneau. Entretien de Robert Doisneau avec Sylvain Roumette*, Paris, Centre National de la Photographie, 1983).

<sup>28</sup> Nuestra mejor doctrina suele abordar la cuestión decantándose por una u otra vertiente: así por la subjetiva, Bondía en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, pp. 480-481; o por la objetiva Bercovitz, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, pp. 191-192. Cfr. asimismo RUIZ-RICO, J., en ALBALADEJO, M./DÍAZ, S. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid (Edersa), 1995, tomo V, vol. 4.º B, sub artículo 118, pp. 528-530, quien se inclina por exigir una novedad objetiva, pero maneja al tiempo criterios propios de una novedad subjetiva.

residenciadas en una fotografía. Una tal valoración no sólo es pertinente a efectos de que la imagen que se considere en concreto acceda (o no) a la categoría de obras protegidas. En efecto, la recta interpretación del requisito de la originalidad resulta imprescindible para comprender el sistema dual afincado en la Ley para la protección de las fotografías; en definitiva, para diferenciar qué fotografías son protegibles como obra de carácter artístico y cuáles, a falta de lo anterior, podrían protegerse mediante un derecho afín. Obsérvese que, llevada al límite, una comprensión de la originalidad desde la (exclusiva) novedad de la fotografía llevaría, en buena lógica, a propugnar la eliminación de la categoría «mera fotografía» por amparar prestaciones indignas de protección. Mientras que, de otra parte y también llevada al extremo, una comprensión exclusivamente subjetiva de la originalidad podría llevar a alojar bajo el mismo techo (el de un derecho de autor) a prestaciones de alto nivel junto a simples imitaciones, en la medida en que pudiera constatarse un (mínimo) esfuerzo individual de su autor<sup>29</sup>.

Pues bien, bajo el aspecto subjetivo se requiere que en la fotografía pueda apreciarse la impronta intelectual, afectiva o emocional de su autor. En puridad, toda obra fotográfica es el precipitado de dos elementos: el uno artístico y el otro documental. En efecto, toda fotografía, por el hecho de ser una captación de la realidad, la documenta en mayor (fotografía figurativa, o conceptual) o menor grado (fotografía abstracta, o surrealista, o fantástica). Lo decisivo aquí es que el autor sea capaz de plasmar en la imagen su propia concepción o comprensión respecto del motivo. Ello no siempre será reconocible de modo inmediato: cualquier imagen puede despertar en quien la contempla una idea, un pensamiento, una asociación o un sentimiento, pero queda por saber si esta impresión se corresponde con lo que el autor quiso expresar. Aceptado que el componente espiritual de una obra fotográfica no es aprehensible con certeza, su novedad (subjetiva) se habrá de buscar en la composición de la imagen. En ésta reside, en fin, la planificación espiritual de la obra: mediante una cuidadosa organización plástica, el fotógrafo nos revela la relación que ha entablado con el motivo. El fotógrafo se vale, pues, de la forma, para hacernos partícipes de sus reflexiones o emociones ante la realidad<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. en este último sentido las reflexiones (a propósito del art. 6 de la Directiva) de DIETZ, A., *Das Urhebervertragsrecht in seiner politischen Bedeutung*, en BEIER/GÖTTING/LEHMANN/MOUFANG, *Urhebervertragsrecht*, ob. cit., pp. 1 y ss., pp. 15 y ss.

<sup>30</sup> Es famosa la frase de Duane Michals: «cuando miras una fotografía estás mirando, en realidad, mis pensamientos». Se ha dicho, en el plano filosófico, que la fotografía no es sólo imagen, sino también sus circunstancias, de modo que es una «imagen-acto» que no se limita a la producción propiamente dicha de la imagen (el gesto de la captación), sino que incluye también el acto de su recepción y de su contemplación. La fotografía se explica así, ontológicamente, como una experiencia de imagen; o bien: el medio mecánico, óptico-químico (supuestamente objetivo) implica ontológicamente la cuestión del sujeto y, más concretamente, del sujeto en acción. Vid. en extenso DUBOIS, Ph., *El acto fotográfico. De la representación a la recepción*, Barcelona-Buenos Aires-México (Paidós), 1994, 2.ª ed., pp. 53 y ss.

De su parte, bajo el aspecto objetivo se requiere que la imagen no implique una representación común o banal del motivo fotografiado. A su vez, la separación respecto de la masa de lo conocido sólo puede delimitarse mediante criterios objetivos: no será así relevante la opinión del fotógrafo ni su intención. Por tanto, sólo es cuestionable la «especialidad» de la imagen. A partir del contenido y de las finalidades de la toma concreta, puede distinguirse, básicamente, entre captaciones realizadas por fotógrafos profesionales (o de alto nivel) y por simples aficionados (o usuarios ocasionales); bien entendido que se trata de una división puramente convencional. Hecha esta precisión y a partir de ahí, pueden establecerse grupos de imágenes por temas (paisajes, animales, ciudades, etcétera) respecto de las que aún debe investigarse si el fotógrafo ha conseguido o no distanciarse de la masa, de las instantáneas fáciles. Sólo cuando una fotografía desprenda algo especial puede hablarse de una creación protegible como obra. Hasta la fotografía menos creativa requiere algo más que centrar una imagen en el visor y disparar.

La mera captación de imágenes del mundo exterior no es, pues, monopolizable; esto es, la decisión de fotografiar un determinado motivo no es todavía tutelable. Tampoco es monopolizable el empleo de medios técnicos (una determinada lente, un tipo de filtro, etc.) o, en general, la aplicación de conocimientos teóricos. Hace falta que el fotógrafo influya en la configuración final de la imagen. La fotografía debe ser, por tanto, el fruto de una decisión del fotógrafo enfrentado a varias posibilidades. Desde esta perspectiva, son relevantes un gran número de factores: desde la misma elección del motivo y contexto, su iluminación, la oportunidad de captar el motivo en un momento determinado, etc.<sup>31</sup>. Lo que importa es que el fotógrafo se sirva de estos elementos para expresar una idea, su concepción sobre el motivo fotografiado, sobre cómo debe representarse. De ahí que no sea exigible una «novedad» de carácter absoluto. Basta con que pueda hablarse de una representación (artística) de la realidad según el fotógrafo. Que este resultado sea más o menos estético, figurativo o abstracto, en color o en blanco y negro, es del todo irrelevante a estos efectos. Lo que importa es que a través de la imagen captada por el fotógrafo, el motivo adquiera expresión y significado.

Para facilitar la tarea de examinar la originalidad de las fotografías, la doctrina comparada suele recurrir a la construcción de grupos de casos<sup>32</sup>. Traerlos aquí resulta interesante; pero debe aceptarse que su valor es relativo y que tan sólo suponen una aproximación al género de fotografías de que se trate<sup>33</sup>, de modo que el análisis del caso concreto se plantea inevitable.

---

<sup>31</sup> Vid. NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 34-39; HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 39.

<sup>32</sup> Cfr. ampliamente HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 41-46.

<sup>33</sup> No parece asumible, con carácter general y sin ulterior matiz, la afirmación de NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 40-41, por virtud de la cual han de tutelarse como obra todas las fotografías publicitarias, de teatro, de paisajes y periodísticas.

Hecha esta advertencia, puede hablarse en primer lugar de las imágenes de la *esfera privada*: aquellas que documentan vivencias particulares del fotógrafo (con familia, amigos). Algunos autores niegan a este tipo de fotografías el carácter de obra<sup>34</sup>. Tomada en términos absolutos, esta conclusión resulta algo arriesgada. En efecto, cabe afirmar, de entrada, que las tomas de la esfera privada son nuevas en el sentido de que nadie más las ha hecho iguales. Incluso aunque varios fotógrafos hubiesen captado un mismo motivo (piénsese, por ejemplo, en el frecuente caso de una excursión realizada por varios fotógrafos aficionados con el fin de captar imágenes sobre un mismo tema; v. gr.: de una fiesta popular), siempre puede subyacer una cierta novedad, pues en todo caso las instantáneas podrán resaltar diferentes detalles. En este sentido, la repetición en el ámbito de la fotografía sólo puede existir a partir de una imagen en su configuración visible, como también y excepcionalmente, cuando la presentación del motivo sea idéntica. Es más, la mera decisión concurrente en varios fotógrafos de disparar simultáneamente en el mismo lugar y sobre el mismo tema no implica (por sí sola) una imitación. En este caso, la novedad simplemente se refiere al mismo objeto fotografiado, pero todavía no podemos pronunciarnos sobre lo decisivo, a saber, sobre la configuración final de la imagen. Así las cosas, la originalidad de las fotografías de la esfera privada deberá analizarse en el caso concreto.

Por el contrario, cuando de imágenes del *mundo público* se trate (monumentos, edificios, un determinado paisaje, la típica foto al lado del soldadito inglés que no pestañea...), esto es, de imágenes que pueden ser captadas por millones de personas, será mucho más difícil, en principio, hablar de una imagen novedosa (en sentido objetivo)<sup>35</sup>. Piénsese en cualquier tema que haya sido fotografiado hasta la saciedad, desde todos los puntos de vista y escenificaciones posibles (v. gr.: la estatua de la Libertad, o la torre Eiffel). La cuestión a dilucidar entonces es, sobre todo, si cabe una imagen nueva desde una perspectiva subjetiva. Pero dicho esto, aún cabe pensar que, pese a la innumerable cantidad de fotos existentes, difícilmente podrá hablarse de una absoluta identidad entre ellas y que existirán, por mínimas que sean, diferencias de matiz. Frente a ello se alegraría que estas imágenes se encuentran ya objetivamente «anticipadas» con el fin de negarles protección como obra. Pero ¿anticipadas respecto de qué? En rigor, lo anticipado es sólo el motivo «desde todos los ángulos», pero en ese sentido nos movemos en un plano de lo absoluto (una especie de novedad universal como la exigible a las patentes), cuando muchas de las imágenes son inéditas en su ámbito. Por tanto, y muy excepcionalmente, podremos también en este caso encontrarnos ante una creación original. En efecto, si existe una composición novedosa se tratará de una obra protegible; si, por el contrario, la captación tan sólo logra

---

<sup>34</sup> V. gr.: NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 34 y ss., niega el carácter de obra a las fotografías de aficionado o de recuerdo.

<sup>35</sup> Para BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190, las fotografías de carácter «turístico» son, en principio, calificables como meras fotografías.



plasmar la imagen fiel y exacta de lo fotografiado, nos encontraremos ante una mera fotografía.

En las fotografías de *carácter científico* es fácil detectar la novedad, por cuanto el fotógrafo busca captar imágenes que sean reflejo de sus descubrimientos, de su esfuerzo investigador. Son imágenes generalmente tomadas para mostrar o ilustrar las propias reflexiones, tesis y resultados obtenidos. Con todo, y en general, podrá dudarse sobre la individualidad en la forma de representar el motivo: dado que estas fotos sirven a causas científicas, implican una toma del motivo lo más veraz, exacta y objetiva posible<sup>36</sup>. No obstante lo anterior, también en una fotografía de esta naturaleza puede existir una reflexión que merezca protección por derecho de autor. Se trata entonces de aquellas imágenes que logren un *plus* sobre su mero carácter documental<sup>37</sup> o finalista<sup>38</sup>; aportación personal del autor que en algunos casos se hallará en la reconocibilidad de la opinión del científico a través de la presentación de la información (en cuyo caso, la originalidad se habrá de medir por la existencia de una opción relevante del fotógrafo entre las distintas posibilidades de comunicar la información); mientras que en otros supuestos se hallará en la existencia de una composición estética (como es el caso, v. gr.: de las fotografías que aparecen en las publicaciones de la sociedad «National Geographic»).

En algunos *ámbitos especiales* suele afirmarse la novedad con frecuencia a partir del carácter artístico de las imágenes. Ello es especialmente claro en la *fotografía publicitaria* (realización de catálogos, fotografía de moda, etc.) por cuanto el motivo se enmarca en un contexto extravagante, o porque de un modo u otro se pretende lograr una asociación con determinado estilo de vida... o bien, simplemente, porque la representación del objeto es particularmente estética. El que la fotografía responda a unas pautas predeterminadas (precedentes, generalmente, de quien la encarga) es irrelevante a estos efectos.

En cuanto a la *fotografía periodística*, esto es, la captación de acontecimientos, personas, etc., es obvio que satisface esencialmente una finalidad de información. Se trata, en efecto, de imágenes con un marcado carácter documental. Ahora bien, lo cierto es que en su ejecución resta al fotógrafo un amplio margen de juego: distancia, ángulo, expresión del modelo, momento, etc., hasta el punto de que en gran parte de estas foto-

<sup>36</sup> Cfr. en este sentido, también, BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190.

<sup>37</sup> En la doctrina alemana *vid.* entre otros KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 119; en la literatura francesa *vid.* BEREMBOOM, A., *Le Nouveau Droit d'Auteur*, Bruxelles (Maison Larcier), 1995, n. m. 31, en p. 51.

<sup>38</sup> Debe advertirse que tras una fotografía de carácter científico puede haber mucho trabajo e incluso complejas reflexiones intelectuales encaminadas a conseguir la imagen más sensata u objetivamente más adecuada del motivo a fin de mostrar fielmente el aspecto que se desea ilustrar; esto es, la fotografía se encuentra condicionada por su finalidad, lo que sin duda limita el margen de creatividad del fotógrafo. En este sentido *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 43.

grafías se aprecia un auténtico sello de autor (humor, ironía, oportunidad política, etc.). En este ámbito se impone, pues, el análisis de la concreta fotografía<sup>39</sup>. Como apunte, valga decir que por lo general se trata de imágenes creativas no obstante su vinculación con el tema o contexto, de modo que habrán de merecer, también por lo general, la consideración de obra protegible, a menos que sólo quepa atribuirles un mero carácter documental, porque el fotógrafo no pudo influir ni un ápice en la configuración del resultado.

Como penúltimo grupo suelen tratarse las fotografías que implican una *reproducción de un modelo de carácter bidimensional*. En esta categoría se da albergue a fotografías de muy diverso tipo. Como principio general, se indica que la reproducción exacta de un modelo bidimensional no ha de estimarse protegible como obra por carecer de altura creativa. En estos casos, el margen de maniobra del fotógrafo se reduce a la búsqueda del contraste y color exactos, lo que impide superar la barrera de lo común o convencional<sup>40</sup>. Excepcionalmente, sin embargo, será protegible como obra la fotografía de un modelo bidimensional en la que se aprecie una composición creativa consistente en la representación novedosa del objeto (v. gr.: por captarlo desde un determinado ángulo o perspectiva, por captar un detalle concreto, etc.). Dicho esto, la doctrina desciende al tratamiento de supuestos particulares de singular trascendencia práctica. De un lado, se niega el carácter de obra a las fotocopias<sup>41</sup>. De otro lado, se excluye de protección por derecho de autor a las fotografías que se limiten a reproducir textos escritos<sup>42</sup>.

Menores dudas ofrece, en fin, la fotografía de un *modelo tridimensional*. Parece que puede hablarse de una obra fotográfica allí donde la captación del motivo implique una «interpretación bidimensional» de volúmenes, formas, luces y sombras; y de mera fotografía cuando la imagen se limite a documentar con fidelidad la existencia del motivo.

#### D) LA CREACIÓN ORIGINAL DEBE EXPRESARSE EN UN SOPORTE TANGIBLE O INTANGIBLE

En rigor, la fotografía existe desde que la imagen queda grabada en el material sensible, de modo que la propiedad intelectual sobre la obra fotográfica se liga ya a esta expresión concreta del pensamiento creador

---

<sup>39</sup> No ignoro que, en ocasiones, el verdadero valor de una fotografía reside en formar parte de una secuencia temática. En un reportaje, el fotógrafo se sirve de todas las imágenes para comunicar su comprensión de esa realidad desde diversos enfoques. Pero ello no obsta el análisis del nivel artístico de cada una de las fotografías que componen el referido reportaje.

<sup>40</sup> Vid. en este sentido NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., p. 41.

<sup>41</sup> Sobre la protección de las fotocopias, extraordinariamente marginal, vid. *infra*.

<sup>42</sup> Vid. entre nosotros BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190. Cabría admitir, con HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 46, n. 95, ciertas excepciones a esta regla general en función de la singularidad del motivo fotografiado (v. gr.: cuando se trate de fotografías de epitafios).

del autor (como, en el caso de una mera fotografía, a esa expresión de la prestación del realizador). En efecto, de la demarcación temporal de dos fases constitutivas en la realización de la idea del autor (fijación de la composición en el material sensible, positivado de la imagen) no debe seguirse que el nacimiento del derecho de autor necesite, a su vez, de ambas fases <sup>43</sup>.

Por lo demás, durante el proceso de positivado de la imagen pueden también ejecutarse una serie de técnicas encaminadas a producir un resultado particular (retoques, coloreados, virajes, fotocomposición, etc.). Incluso puede ocurrir que la versión primera de una fotografía no posea un nivel de originalidad suficiente para hablar de obra, pero alcanzarlo tras experimentar ulteriores manipulaciones. Pues bien, las técnicas para alterar la imagen contenida en el negativo no poseen por sí mismas carácter fotográfico. En todo caso, el resultado de su aplicación podrá protegerse de cumplirse los requisitos generales (incluso puede ocurrir que el resultado final alcance la categoría de obra de distinta clase); y siempre, bien entendido, que sin perjuicio de los derechos que en su caso correspondan al autor o realizador de la(s) fotografía(s) que permitieron la nueva creación. Así, entre otros ejemplos, valga decir que, en un montaje, la imagen formada por fotocomposición deberá arrojar una originalidad propia para recibir la consideración de obra fotográfica <sup>44</sup>; mientras que, en el coloreado de una fotografía, deberá apreciarse la originalidad del resultado como obra plástica, etc. <sup>45</sup>.

Ahora bien y como quedó dicho, la fijación de la imagen no es exigible para la protección de la fotografía, siendo así que también son tutelables las imágenes (singulares) de una emisión en directo. Cuestión distinta es la comprobación (en el seno de un proceso judicial) del nacimiento de la obra (o, si se prefiere, de la existencia de la exteriorización no fijada). Mas dicho esto, la explotación ulterior de la obra fotográfica requiere, como es lógico, su materialización <sup>46</sup>.

#### E) PROYECCIÓN DE LAS CONDICIONES ANTERIORES SOBRE LA COMPOSICIÓN

Entre las orientaciones ofrecidas por la doctrina especializada para enjuiciar la originalidad de una imagen fotográfica, estimo que la aproxi-

<sup>43</sup> Ello es reconocido por la doctrina especializada, ya sea de modo explícito como implícito. Entre los primeros, cfr. DUCHEMIN, W., *Suggestions en vue d'une amélioration de la protection des photographies dans la Communauté Européenne*, 105 *Revue Internationale du Droit d'Auteur* (RIDA) 1980, pp. 3 y ss., p. 7; y recientemente GENDREAU, Y., *La protection*, ob. cit., p. 24. Entre los segundos, KARNELL, M. G., *La photographie, parent pauvre des conventions internationales et des législations nationales sur le droit d'auteur*, 101 *Le Droit d'Auteur* (DA) 1988, pp. 140 y ss., pp. 151-152.

<sup>44</sup> En efecto, el *collage* o fotomontaje también resultan en una imagen producida por energía radiada. Vid. HEITLAND, H., *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 22; NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 66, 208.

<sup>45</sup> Piénsese aquí, entre otros ejemplos, en las serigrafías de A. Warhol, en las «rayografías» de M. Ray, en los «frottages» de M. Ernst, o en las sobreimpresiones de Magritte.

<sup>46</sup> Vid. BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., pp. 94, 100.

mación correcta (por objetiva y fiable) es aquella que atiende al núcleo esencial de toda fotografía, esto es, a la propia composición, en lugar de a elementos aislados de la misma. Así las cosas, más que intentar aprehender la espiritualidad de la obra, el análisis debe atender a los elementos compositivos y a la (al menos inconsciente) voluntad de servirse de ellos; esto es, debe atenderse a la existencia de una clara (y armónica) disposición de los elementos que permita deducir una intención expresiva. En efecto, la mera existencia de elementos concretos en una fotografía no prueba por sí misma la expresión de una idea. Es preciso atender al contenido (fundamentalmente estético) que impresiona al ojo y que es resultado de un esfuerzo intelectual. Muy frecuentemente, el fotógrafo concibe una composición como un todo unitario que aúna elementos de distinto tipo. La creación individual existe cuando el fotógrafo reúne esos elementos que él considera que formarán una «buena instantánea», aunque inconscientemente sólo haya reflexionado sobre el encuadre <sup>47</sup> o sólo haya calibrado la «oportunidad» de la imagen <sup>48</sup>. En fin, un análisis por los elementos singulares que causan una imagen concreta puede llevar a una conclusión errónea, desde el momento en que muchos de ellos pueden venir dados en función de las circunstancias (el fondo, la posición del sol, el color de las ropas de los personajes, etc.) e impresionar falsamente al observador <sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Como lo expresaba el gran Cartier-Bresson con ocasión del libro antológico antes referido: «Es preciso que el fotógrafo y su cámara se sitúen en una relación correcta con respecto a su tema. Y, en el momento de encuadrar el tema en los límites del visor, es cuando empiezan los problemas de composición. La percepción, en la vida real, de un ritmo de superficies, líneas y valores, constituye, a mi parecer, la esencia de la fotografía. La composición debe ser constante preocupación del fotógrafo, ya que aquélla radica en realizar una amalgama simultánea, en una coordinación orgánica de elementos visuales. La composición no se da espontáneamente. Hay que buscar la expresión, y no cabe la posibilidad de aislar el contenido de la forma».

<sup>48</sup> Se ha dicho que la composición (academicista) no era una pretensión prioritaria en la obra de autores como Robert Frank (y sus famosos «momentos intersticiales» o *in between*, en los que nada ocurre, arrancados de una realidad «desprevenida» en la que, precisamente, el sentido es la falta de sentido), o William Klein (quien hace aparente dejación de los aspectos «formales» de la imagen) o Lee Friedlander o Garry Winogrand [vid. CÁNOVAS, C., *La intensa búsqueda de la identidad*, en «De la rebel·lió a la utopía. Fotografía dels anys 60-70», Barcelona (Fundació «la Caixa»), 1995]. En efecto, la fotografía de estos autores responde a una estética rompedora respecto de moldes más tradicionales del hacer fotográfico. Pero sigue habiendo en todas las imágenes una estética meticulosamente calculada (el encuadre elegido, el «desenfoco intencionado», la captación de un tema aparentemente irrelevante...) que permiten hablar de una aportación visual y conceptual clara. También, pues, para estas fotografías es válida la afirmación hecha en texto sobre la necesidad de atender a la impresión global de la imagen, al fin de delimitar la existencia (o no) de una obra fotográfica.

<sup>49</sup> El análisis en función de los elementos ha sido, con mayor o menor desarrollo, el enfoque tradicional de la doctrina alemana para valorar el aporte creativo de una imagen fotográfica: vid. en especial la construcción de NORDEMANN, *Die künstlerische*, ob. cit., pp. 105-106, 121, 122 y ss., 184 y ss. El autor parte de unas categorías básicas (a saber, fotografías con expresión estético-formal; fotografías con contenido informativo; fotografías con impronta emocional notable; e imágenes con un contenido intrínseco), y recoge hasta 70 elementos relevantes para la configuración de una imagen (entre estos elementos, v. gr.: el encuadre, la perspectiva, la línea directriz de la composición, la iluminación del motivo,

Así las cosas, es de la composición contenida en la fotografía desde donde mejor puede abordarse su individualidad y originalidad. Ahora bien, no cabe asimilar una fotografía a un cuadro a estos efectos. La fotografía merece un tratamiento diferenciado por ser, en definitiva, una captación de la realidad: por su propia naturaleza (y su contexto), el motivo fotografiado predetermina la disposición de las formas y del ritmo contenidos en la imagen captada. Desde esta perspectiva, cabe realizar dos advertencias: de un lado, para hablar de obra fotográfica no puede tratarse de una imagen calificable de cotidiana o vulgar. De otro lado, una obra fotográfica es una manifestación artística, por lo que no siempre podrá apreciarse una finalidad racional en su concepción.

A modo, pues, orientativo, vale decir que la originalidad de una fotografía es evidente en el caso de composiciones en las que pueda advertirse una disposición artificial de los elementos, o bien una toma especial en función del efecto de una iluminación determinada. Cuestión distinta es que la composición no sea original por preexistir otra exactamente igual.

Más compleja es la valoración de imágenes que sean (esencialmente) la reproducción de un motivo que el observador pueda identificar inmediatamente. Nada impide, en estos casos, que una fotografía supere las barreras de lo obvio: cuando se trate de una imagen ambivalente; cuando, además de plasmar un estado, la imagen sea particularmente bella (y en la captación estética del motivo resida precisamente el esfuerzo creativo<sup>50</sup>); cuando la imagen transmita una comprensión singular del fotógrafo sobre lo fotografiado (generalmente ello ocurre cuando en el retrato de un personaje conocido se acentúa un rasgo de su carácter). Como quedó dicho, el que la fotografía se realice con un fin particular o por encargo tampoco ha de constituir un obstáculo para calificar la imagen de creativa.

Así las cosas, en el caso de reproducir un objeto aislado, la composición deberá servir a algo más que a su reproducción fiel, exacta, correcta y convencionalmente esperable. En el caso de los retratos de las personas, de su parte, debe tenerse en cuenta que no vale cualquier escenificación como fondo, sino que éste deberá ser previamente elegido. El fotógrafo habrá debido reflejar si el fondo era correcto o acorde con el personaje, o bien deberá haber ordenado los elementos, o habrá debido iluminar de un modo determinado, o incluso decidido prescindir absolutamente del fondo, etc. La protección del retrato como obra no será posible cuando la imagen cuestionada sea una imitación de otra

---

formato, contraste, superficie y formas, etc.). A partir de ahí, el autor propone una adscripción provisional de la fotografía a uno de aquellos cuatro grupos y, a partir de ahí, una valoración de la imagen en función de los elementos compositivos empleados. Para un análisis detallado y crítico de esta postura *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 63 y ss.

<sup>50</sup> Permítaseme que, en este punto, remita al lector escéptico a la contemplación de la obra de Francisco Gómez, en el libro antológico coeditado en 1995 por la Fundación «la Caixa» y Lunwerg, con el título *Francisco Gómez. La emoción construida*.

anterior, lo que ocurre cuando la semejanza con la toma preexistente sea muy grande<sup>51</sup>.

### 3. LAS MERAS FOTOGRAFÍAS: REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN

Ya quedó dicho que una fotografía debe constituir una creación original para ser protegida como obra y que la característica fundamental de una mera fotografía es, precisamente, no constituir una creación original. Así las cosas y como punto de partida, una mera fotografía será aquella que no presente novedosamente el motivo elegido<sup>52</sup>. Procede ahora cuestionarse si la tutela prevista para las meras fotografías exige, de su parte, constatar una prestación mínima o si, por el contrario, es protegible toda

<sup>51</sup> Cuestión conexas con el retrato y en la que aquí no entraremos es el derecho a la imagen de la persona fotografiada. Como es sabido y reconocido por nuestra jurisprudencia, el fotógrafo deberá contar con el consentimiento del retratado para la explotación de su creación, por la prevalencia de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. El problema, por lo general, se vincula a la recta interpretación de lo pactado por las partes en el marco de un encargo; o a determinar la legitimidad de la invasión de la intimidad del retratado con el pretexto de servir a fines informativos. Más ampliamente sobre la cuestión, *vid.* CASAS, R./SOL, M., *Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo*. (Nota a una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona), Poder Judicial, núm. 30, pp. 127 y ss., en la que se califica la reproducción de una fotografía de una modelo (realizada por encargo de la misma para confeccionar su «book») en la portada de un libro, sin su autorización. El Tribunal Supremo ha emitido ya sentencia sobre el referido asunto, *vid.* STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996/2371), con comentario de R. Bercovitz en el núm. 41 de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Hay abundante jurisprudencia sobre la cuestión, entre los pronunciamientos más recientes de nuestro Alto Tribunal *cfr.* las SSTs de 22 de abril de 1992 (RJ 1992/3317), de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992/8079), de 17 de julio de 1993 (RJ 1993/6458), de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9477), de 27 de junio de 1996 (RJ 1996/4792), de 3 de octubre de 1996 (RJ 1996/7012), de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996/7058), de 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/8577), de 24 de octubre de 1996 (RJ 1996/8579). Muy relevantes son, asimismo, las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el equilibrio entre, de un lado, el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, de otro lado, el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión: *cfr.* RRTC de 11 de septiembre de 1995 (RTC 1995/132) y de 11 de diciembre de 1995 (RTC 1995/183). En relación con la fotografía artística hay, con todo, un supuesto no bien resuelto, a saber: el caso de un personaje (público o anónimo) que consiente posar para un fotógrafo sin expresar ningún tipo de reserva. Todo indica, a mi juicio, que el fotógrafo podrá explotar la imagen fotográfica realizada mientras ello no incida negativamente en el prestigio, honor o dignidad del sujeto retratado (v. gr.: podrá presentar la fotografía a un concurso fotográfico, exponerla, publicarla en un libro antológico, etc.). Sobre la autorización implícita *vid.* BERCOVITZ, *Obra plástica*, ob. cit., pp. 91-93.

<sup>52</sup> *Vid.* en este sentido RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, p. 530, para quien la diferencia fundamental respecto de la obra fotográfica reside en que la mera fotografía sólo contiene una reproducción pura y simple del mundo exterior, captando la imagen «tal y como se encuentra, sin aportar ni transformar nada de ella». Nuestra mejor doctrina suele definir la categoría «mera fotografía» en función de esta característica: así BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 481, estima que son meras fotografías aquellas que «se limiten a recoger de forma mecánica, automática, común o normal, la realidad tal cual se presenta, su «imagen banal»»; o antes Bercovitz, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 10, p. 190.

captación que quepa adscribir, desde un punto de vista puramente técnico, al género «fotografía» o «imagen realizada por procedimiento análogo»<sup>53</sup>.

A mi entender, no toda fotografía es protegible<sup>54</sup>, sino que debe comprobarse la existencia de una –siquiera mínima– aportación del fotógrafo que, en esta categoría, vale definir como una *variación entre las posibilidades previamente existentes*; esto es, el fotógrafo debe haber podido optar en el momento de captar el motivo<sup>55</sup>. El ejemplo paradigmático es el de las fotografías de «fotomatón»: son protegibles (como mera fotografía) porque el sujeto puede variar su posición y pose y, por tanto, puede influir en la composición (en estos casos, el realizador de la mera fotografía es el propio sujeto fotografiado)<sup>56</sup>.

Sobre lo anterior, la variación habrá de ser *cualitativamente apreciable* respecto de la imagen fotografiada: habrá de aportar «algo», ser fruto de un esfuerzo relevante; de modo que deberán excluirse del ámbito de lo protegido como mera fotografía aquellas imágenes que constituyan una mera copia de una fotografía preexistente<sup>57</sup> o una simple variación de color o tamaño de una composición previa<sup>58</sup>.

El que la mera fotografía sea el resultado de la casualidad no obsta necesariamente la constatación de una prestación protegible. Ciertamente no sería tutelable la imagen que fuese el resultado de un proceso puro y absolutamente casual (la cámara que se dispara al caer al suelo<sup>59</sup>), pues en tal

<sup>53</sup> Esta última parece ser la opinión de BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 481, cuando afirma que las meras fotografías son aquellas en «las que predomina el aspecto puramente mecánico o técnico, en las que la captación de imagen o impresión de la película se limita a pulsar el disparador de la cámara. En definitiva, las que carecen de cualquier aspecto creativo o intelectual».

<sup>54</sup> Es marginal la posición de quienes estiman protegible, en general, toda fotografía: cfr. entre otros HANSER-STRECKER, P., *Zur Frage des urheberrechtlichen Schutzes des Notenbildes*, Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (UFITA), vol. 93 (1982), pp. 13 y ss., p. 18.

<sup>55</sup> Para RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, especialmente claro en p. 530, la razón de que se protejan las meras fotografías con un derecho de propiedad intelectual parece justificarse en la existencia de una «aportación personal» del fotógrafo que se resolvería, entre otros extremos, como tampoco la de ciertas impresiones editoriales donde se haya utilizado un procedimiento fotográfico o análogo (fotocomposición, fotolitos, etc.).

<sup>56</sup> El ejemplo es de Gerstenberg en SCHRICKER, *Urheberrecht. Kommentar*, ob. cit., sub §72, n. m. 5, en p. 857.

<sup>57</sup> En su caso, será la imagen subyacente o matriz la merecedora de protección. Su simple copia no merece una protección superpuesta, tampoco cuando haya sido realizada «artesanalmente». Pero dicho esto, nada ha de impedir la protección como mera fotografía de una fotocopia que aporte algo sobre la imagen preexistente, como tampoco la de ciertas impresiones editoriales donde se haya utilizado un procedimiento fotográfico o análogo (fotocomposición, fotolitos, etc.). Sobre ambas cuestiones *vid.* HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 73-74 y 78.

<sup>58</sup> Como se vio en su momento, la doctrina especializada excluye la reproducción de textos, cuya composición quedó fijada mediante la edición.

<sup>59</sup> Sí sería protegible, en cambio, la imagen que, imperceptible al ojo humano, es captada gracias a un disparo múltiple (piénsese, por ejemplo, en las cámaras que permiten realizar, con un solo disparo, varias tomas en fracciones de segundo, captando varias posiciones de un motivo que se desplaza a gran velocidad). Estas imágenes serían protegibles porque el fotógrafo ha elegido el motivo y de algún modo acepta un resultado imprevisible. Cuestión distinta es que nos encontremos ante una obra fotográfica o una mera foto-

caso faltaría el esfuerzo o prestación, faltaría en suma la existencia de una opción mínima. Pero no lo es menos que esta situación será excepcional<sup>60</sup>. Al fin y al cabo, la casualidad sólo es un elemento más que complementa o modaliza la imagen que se ha captado intencionadamente<sup>61</sup>, de modo que la práctica totalidad de las fotografías que son tomadas a través de las técnicas conocidas serán susceptibles de protección como mera fotografía.

Más complejo resulta estimar la protección de ciertas imágenes captadas de modo automático (es el caso de las fotografías aéreas<sup>62</sup>, las «ortofotos»<sup>63</sup>, o las imágenes captadas por satélite<sup>64</sup>). En realidad, la prestación aquí protegible no se anuda a la imagen en sí, sino a una aportación de carácter personal consistente en la programación de la cámara en función de las coordenadas de vuelo (o puesta en órbita) del aparato donde ésta se aloja, para la toma de ciertas imágenes. Hablamos, pues, de un «realizador-programador», y no de un fotógrafo convencional<sup>65</sup>, en su

---

grafía, lo que habrá que juzgar en el caso concreto en función de la constatación (o falta) de una composición original de carácter artístico.

<sup>60</sup> Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 79. Sin embargo, hay autores que también niegan esta excepción, por estimar que no puede existir una toma absolutamente casual (así, GERSTENBERG, en HERBST, ed., *Fototechnik und Urheberrecht*, FS für Rainer Klaka, Múnich, SGRUM, vol. 16, 1987, pp. 120 y ss., p. 124) o para evitar crear lagunas en la construcción (así RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 28).

<sup>61</sup> Piénsese, por ejemplo, en la famosa imagen del miliciano cayendo en combate captada por Robert Capa durante la guerra civil española; o en la no menos famosa (y escalofriante) fotografía de Nick Ut sobre un bombardeo de napalm en la guerra de Vietnam.

<sup>62</sup> Las tomas suelen realizarse mediante una cámara que se fija al avión, que se nutre con material fotográfico suficiente, que se programa de modo concreto. El avión, por su parte, sigue una ruta, mantiene una altitud y desarrolla un tiempo de vuelo predeterminados, de tal modo que la captación de imágenes es puramente automática: vid. KATZENBERGER, P., *Neue Urheberrechtsprobleme der Photographie*, GRUR Int. 1989, pp. 116 y ss., p. 118, con ulteriores referencias.

<sup>63</sup> Aquellas que, mediante un procedimiento informático, crean imágenes fieles al relieve terrestre, a partir de imágenes captadas de la realidad. El mínimo protegible reside, en este caso, en la concreta adaptación del programa de ordenador para que las imágenes de la naturaleza se fijen, a su vez, por procedimiento fotográfico, en el ordenador; bien entendido que debe constatarse un cierto grado de determinación de la imagen resultante, esto es, el «realizador-programador» debe hacer adoptado una decisión sobre la composición. De no existir ésta, sólo existiría una captación automática o no influenciada de la naturaleza, en cuyo caso sólo podría hablarse de una mera copia del objeto o motivo preexistente. Vid. HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 80, n. 318. Distinto podría ser el caso de las «topografías». De hecho, esta técnica fotográfica sirvió de vehículo de expresión, en los años setenta, a una nueva forma de arte (fotográfico) conceptual. Sobre la exposición «New Topographics: Photographs of a Man Altered Landscape», celebrada en el Museo Internacional de Fotografía de Rochester, y los «nuevos topógrafos», vid. las referencias de C. CÁNOVAS, *La intensa búsqueda*, cit. *supra*.

<sup>64</sup> El modo de captación de la imagen no es aquí relevante. En efecto, no importa si las imágenes son transmitidas a la tierra inmediatamente o almacenadas previamente; tampoco si la imagen es captada automáticamente o mediante un proceso de activación a distancia. Vid. KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 118. Como apunta el autor, las imágenes así captadas, pese a su extraordinario interés científico o cultural, como también pese a su eventual belleza, serán en su mayoría «meras fotografías», pues, como es fácilmente advertible, se trata de imágenes que buscan la mayor exactitud, esto es, la mayor fidelidad respecto del fenómeno natural que captan.

<sup>65</sup> Más extremo todavía cfr. BEREMBOOM, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, ob. cit., n. m. 44, p. 71, quien señala que la originalidad en estos casos ha de hallarse, en su caso, en el programa informático que ordena las tomas.



caso de la combinación de las prestaciones de un fotógrafo y un programador, por tanto, de varios realizadores<sup>66</sup>. Mas dicho esto, las imágenes captadas merecerán la consideración de meras fotografías porque, de un lado, las imágenes resultan de la utilización de un procedimiento fotográfico o análogo y, de otro lado, porque la programación de la secuencia de las captaciones concretas se hace en función de un motivo, de una perspectiva concreta (y que es causa de la ruta que sigue el avión, o de la órbita que describe el satélite), de una iluminación determinada (la hora del día en que se captan las imágenes, las condiciones atmosféricas eventualmente elegidas, etc.). Ahora bien, entiendo que no cabrá hablar de una obra fotográfica en ningún caso (por muy bella que sea la fotografía) porque lo decisivo aquí es la planificación técnica en la toma de imágenes; esto es, la singular plasticidad de la imagen es obra de la propia naturaleza.

En fin, entiendo que ya no serían protegibles como meras fotografías las instantáneas obtenidas como resultado de un proceso puramente automático (v. gr.: por activación de un radar para la medición de la velocidad de los automóviles en una autopista). Y ello, se dice, porque no existe en estos casos un sujeto a quien imputar la realización de la fotografía<sup>67</sup>. Es más, ni siquiera existe una actividad de selección del motivo, porque éste no preexiste en la realidad.

#### IV. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN

##### 1. EN GENERAL

El autor de una obra fotográfica goza de los mismos derechos que la Ley concede al resto de los autores, con las limitaciones de todos conocidas.

De su parte, al realizador de una mera fotografía se atribuye un derecho de exclusiva que comprende la reproducción, distribución y comunicación pública (cfr. art. 128 LPI). Sólo con este alcance, el derecho aún se configura a imagen del derecho del autor de una obra fotográfica, si bien con los ajustes que necesariamente implica la presencia de una prestación (y no una creación). A diferencia del autor de una obra fotográfica, el realizador no disfruta de la facultad de autorizar la transformación de su fotografía por terceros ni de otras facultades de explotación (cfr. art. 17 LPI), como tampoco de otros derechos patrimoniales; en especial,

---

<sup>66</sup> Así lo apunta KATZENBERGER, *Neue Urheberrechtsprobleme*, cit., p. 118, en relación con las imágenes captadas por satélite. Para el autor, vale decir que será realizador la persona o personas que colaboren en la preparación concreta de la toma. Cfr., sin embargo, la autorizada opinión de BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 1713, para quien las fotografías realizadas por aviones, satélites o naves especiales son atribuibles a los titulares de las empresas responsables de esas instalaciones o de esos artefactos voladores.

<sup>67</sup> Vid. BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 482.

no se atribuye al realizador de una mera fotografía un derecho de remuneración por copia privada (cfr. art. 25 LPI). Sobre lo anterior, el realizador no ostenta derecho moral alguno sobre la mera fotografía.

El régimen legal vigente para las meras fotografías sólo es plenamente satisfactorio si éstas constituyesen una categoría puramente residual respecto de las obras fotográficas. Pero no es ésta, como hemos visto, la comprensión correcta del esquema dual afincado en la Ley. En esta línea de consideraciones debe admitirse una cierta desprotección de los intereses de los realizadores de meras fotografías. Desde esta perspectiva resulta oportuno matizar tanto la privación del realizador de un derecho moral como la de ciertas facultades relativas a la explotación exclusiva de la imagen (la transformación) o la de ciertos derechos de carácter económico (la remuneración por copia privada)<sup>68</sup>. Ante la impertinencia de una interpretación correctora, sirvan al menos las siguientes reflexiones para que la práctica pueda suplir las referidas carencias del régimen legal.

## 2. LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN COMUNES AL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRÁFICA Y AL REALIZADOR DE UNA MERA FOTOGRAFÍA

El fotógrafo es el titular originario para la explotación exclusiva de su fotografía, expresada de forma tangible o intangible. Este principio general encuentra una excepción en relación con las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de una grabación audiovisual (concepto que abarca tanto un fotograma aislado como las fotos de rodaje o plató) en cuyo caso los derechos de explotación relativos corresponden a su productor (*ex art.* 124 LPI), sin perjuicio, cabe entender, de la posición del autor de la obra fotográfica en cuestión, quien podrá, de un lado, reivindicar su paternidad respecto de la misma, así como, de otro lado, ejercer otros derechos que no menoscaben la explotación de la grabación audiovisual<sup>69</sup>.

En cuanto a las *formas de fijación material o tangible* de la fotografía, y en primer lugar, el fotógrafo goza del derecho de **reproducción**, que abarca toda fijación material de la imagen originaria (generalmente total, pero también de una parte de la misma). A estos efectos resulta indiferente que la reproducción se consiga mediante un procedimiento manual o mecanizado, como también lo es la naturaleza del soporte utilizado. Lo que importa es que el medio de reproducción empleado permita su comu-

---

<sup>68</sup> Este último aspecto ya ha sido puesto de manifiesto suficientemente en nuestra doctrina por BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, pp. 483-484.

<sup>69</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 124, pp. 468-469. Muy ilustrativo de los conflictos que surgen en este ámbito es el prólogo de Alain Bergala a la obra *MAGNUM Cinema. Histories de cinema pels fotògrafs de magnum*, Barcelona (Cahiers du Cinéma-Fundació Caixa de Catalunya), 1994, pp. 7 y ss., especialmente pp. 13 y ss.

nicación (cfr. art. 18 LPI) de forma directa o mediante el empleo de equipos técnicos adecuados (como ocurre en el caso de reproducciones en soporte digital). Ello obliga a postular una comprensión amplia de la expresión «medio de reproducción» que abarque también los modernos métodos de grabación (escáner) y almacenamiento de imágenes por ordenador<sup>70</sup>.

En segundo lugar, el fotógrafo goza del derecho de **distribución** por cualquiera de las modalidades expresamente reguladas (venta, alquiler, préstamo) o de cualquier otra forma (donación, permuta, leasing financiero, depósito, etc.)<sup>71</sup> que, a su vez, se refieren a la fotografía original como a las reproducciones o copias de ésta. Cuando la distribución se realice mediante venta de la fotografía (o su reproducción) en el ámbito de la Unión Europea, el derecho se agota respecto de las ventas sucesivas que se realicen en el territorio comunitario; efecto éste que no admite limitaciones por vía contractual, pues la Ley no acoge, como es sabido, un «derecho de destinación»<sup>72</sup>.

En tercer lugar, el fotógrafo goza en exclusiva del derecho de **comunicación pública**. Este derecho implica la presentación al público de un ejemplar material de la fotografía (del negativo, de la primera reproducción o de ulteriores copias). Baste señalar aquí dos aspectos de interés. El primero de ellos se refiere a usos de la fotografía que no han de implicar una vulneración del referido derecho: es irrelevante desde esta perspectiva, en especial, la mera conexión de medios técnicos (programas de televisión emitidos en directo, proyección de diapositivas, etc.) o la exposición de una fotografía en el marco de una locución (v. gr.: de una lección magistral). El segundo de los aspectos se refiere a las facultades del titular legítimo del primer ejemplar o de una copia de una obra fotográfica. A menos que quien le enajenara la fotografía (por tanto, el fotógrafo o un tercero) haya puesto como condición que el uso de ésta fuese privado, el titular legítimo de la fotografía puede hacerla accesible al público (*ex art. 56 LPI*; que se aplica sólo a obras fotográficas, no vale para derechos afines<sup>73</sup>).

Por lo que hace a las *formas de fijación inmaterial* de la fotografía, resulta de interés apuntar que el fotógrafo ha de gozar de un derecho de **proyección** que le permita valerse de medios técnicos para publicar su fotografía. Bajo esta noción cabe tanto la proyección de una diapositiva, como la reproducción de un positivado con un episcopio; variaciones de dimensión producidas por aplicación previa de técnicas específicas (lec-

<sup>70</sup> Vid. MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., p. 344, con ulteriores referencias.

<sup>71</sup> Vid. en extenso RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 19, pp. 102-103.

<sup>72</sup> Vid. en extenso RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 19, pp. 104-107.

<sup>73</sup> Sólo en relación con las meras fotografías es válida, pues, la afirmación de RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 118, p. 539. Para la autora, el titular de un ejemplar de la fotografía sólo puede acometer facultades de uso normales o comunes, de modo que la comunicación pública de la fotografía exigirá pacto expreso.

tura de un microfilm, estereoscopio, etc.); y, en fin, toda forma de reproducción en versión filmada.

### 3. EL DERECHO DEL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRÁFICA DE AUTORIZAR SU TRANSFORMACIÓN POR TERCEROS

Como quedó advertido, sólo al autor de una obra fotográfica se atribuye el derecho de consentir su transformación por terceros (cfr. art. 128 LPI). La noción de transformación debe entenderse en un sentido amplio, esto es, abarcando toda adaptación, variación o modificación de la fotografía. Sobre lo anterior, la prestación del tercero debe resultar en la realización de una obra nueva. De no ser así, estaremos, en su caso, ante una reproducción de la obra no consentida<sup>74</sup>. En efecto, la transformación de una obra limita, de un lado, con el (amplio) ámbito de la reproducción de la obra (en cualquier soporte) y, de otro lado, con la utilización libre de la misma para la producción de obras de distinto tipo. Ubicada entre ambas regiones y por lo que aquí interesa, la transformación implica la producción, a partir de una obra fotográfica preexistente, de una obra nueva (de carácter también fotográfico –un fotomontaje– o de carácter plástico –un cuadro, una escultura, etc.–). En rigor, para que haya transformación de una fotografía se han de satisfacer, a mi entender, dos condiciones. En primer lugar, tiene que existir una previa manipulación de los elementos que conforman la composición (original) de la obra inicial; esto es, la fotografía debe experimentar una alteración en su integridad. Desde esta perspectiva, no existe transformación sino tan sólo reproducción cuando la obra se incorpora, tal cual y preservando su autonomía, a otra de carácter distinto (v. gr.: cuando las fotografías ilustran o acompañan un texto escrito). En segundo lugar, la fotografía cuyos elementos se toman (total o parcialmente) debe pervivir reconocible en la recreación cuestionada. La nueva creación, a su vez, debe valorarse en su totalidad; esto es, el enjuiciamiento de la nueva configuración debe proyectarse sobre la originalidad o no de la conjunción de sus elementos, los «tomados» y los «nuevos». En fin, si la obra nueva no evocase la fotografía, no cabría hablar ya de transformación sino, en todo caso, de una simple inspiración en una obra previa.

Entendida en los términos anteriores, la transformación de una obra fotográfica requerirá el consentimiento de su autor (cfr. art. 17.1 en relación con el 21, ambos de la LPI)<sup>75</sup>. Quien transforma o adapta ostentará, en su caso, la propiedad intelectual sobre el resultado, bien entendido que se trata de un derecho de autor con perfiles propios, entre ellos y sobre

---

<sup>74</sup> Vid. más ampliamente RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 21, pp. 120-122.

<sup>75</sup> Como parece lógico, la mayor parte de las adaptaciones o transformaciones autorizadas conllevan, a su vez, una reproducción asimismo consentida de la obra o prestación original. Bajo este aspecto vid. las observaciones de RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 19, p. 100.

todo, su carácter dependiente (cfr. art. 21.2 LPI). Y no será necesario recabar el consentimiento del autor de la obra fotográfica cuando la obra nueva cuestionada ya no evoque aquélla, como tampoco lo será cuando la nueva obra sólo se sirva de los elementos comunes (por preexistentes) o carentes de altura intelectual presentes en la fotografía. En todos estos casos, en efecto, cabe hablar de una libre utilización de la fotografía.

El tránsito de una reproducción a una transformación no siempre será fácil de establecer. Al cabo, será la originalidad de la obra fotográfica cuyos elementos se toman la que determinará el ámbito de su protección frente a terceros. El mismo criterio general servirá para enjuiciar, de su parte, el distanciamiento respecto de la obra fotográfica y, con ello, el salto hacia la creación de obras independientes. Con carácter, pues, orientativo, sirvan los siguientes ejemplos para ilustrar la anterior comprensión:

En el supuesto de que la obra fotográfica se fotografíe, no hay en principio más que una fiel y exacta reproducción, de modo que el (segundo) fotógrafo no realiza ninguna prestación protegible por el Derecho de autor. Otra cosa ocurre cuando la nueva fotografía dote de un nuevo contexto o fondo a la primitiva, o bien cuando aúne varias fotografías previas en una misma imagen. En estos casos resulta innegable la existencia (como mínimo) de una reproducción protegible como mera fotografía, que en su caso necesitará el consentimiento del o los fotógrafos de las fotografías que sirvieron de base al nuevo trabajo. Para poder hablar de una creación protegible como obra dependiente, la visión de la nueva imagen deberá generar, a su vez, una impresión nueva y autónoma al observador. Ésta parece existir generalmente en el caso de un *collage*<sup>76</sup>, en el que ya cabe hablar de una transformación de la obra original para cuya confección, y a menos que las imágenes primitivas no sean ya reconocibles, será preciso recabar el consentimiento de los fotógrafos de las imágenes primitivas.

Cuando lo fotografiado sea sólo una parte de una fotografía (v. gr.: un motivo seleccionado, un personaje, un elemento, etc.) se cuestiona si a ésta se extiende la protección como obra de que goza el todo o si, por el contrario, debe estimarse de modo autónomo su individualidad. Creo que el problema se contesta también a la luz de los criterios anteriores: lo relevante es la reconocibilidad de la obra primitiva en la nueva, cualquiera que sea el modo en que ésta se utilice. Como es lógico, la protección otorgada a la fotografía originaria no alcanza la utilización de una parte pequeña y relativamente poco importante, incapaz por sí misma de evocar la obra en su conjunto y siempre, en el bien entendido, que esta parte no encierre, a su vez, una composición.

---

<sup>76</sup> Tanto si éste se sirve sólo de fotografías, como si se utilizan conjuntamente fotografías y otras artes o técnicas o materiales (tejidos, cabellos, recortes de papel, piezas de metal, etc).

Cuando se realiza un dibujo a partir de una fotografía buscando la máxima fidelidad a lo fotografiado <sup>77</sup>, sólo podrá hablarse de una mera reproducción. Lo mismo vale para el caso de dibujos realizados mediante un proceso puramente manual (v. gr.: un retrato de un artista callejero a partir de una fotografía), siempre que el pintor se atenga a los elementos del modelo copiado. Si no los respeta más que en líneas esenciales (v. gr.: porque acentúa unos rasgos sobre otros, o bien porque añade un fondo) y realiza una cierta interpretación propia del motivo, podrá hablarse de una transformación de la fotografía e incluso, eventualmente, de una obra con valor artístico autónomo. Para que esto último ocurra, el distanciamiento respecto de la fotografía de base debe ser muy evidente. Cuando lo que se realiza a partir de la fotografía ya no es un mero dibujo, sino un cuadro, aumentan las posibilidades de estimar su creatividad de modo aislado.

En la realización de una escultura u otro tipo de composición tridimensional o espacial (v. gr.: de una «instalación») a partir de una fotografía existen generalmente tan grandes diferencias que no puede ya hablarse de una simple reproducción <sup>78</sup>. En efecto, la escultura implica una representación integral del motivo o personaje que aparece en la fotografía, pues no sólo se le dota de un relieve, sino de una parte opuesta que la imagen fotográfica, lógicamente, nos oculta. De lo anterior resulta que no quepa hablar en estos casos de una obra derivada a partir de una fotografía, sino de una obra independiente; como excepción, sería transformación la realización de un bajorrelieve (artístico) a partir de una fotografía <sup>79</sup>.

Mayor complejidad puede revestir la «escenificación» de una fotografía (v. gr.: mediante un «happening», o una representación de arte corporal o una parodia). Como quiera que la disposición de los elementos no evocará, más que en un momento (el inicial o el final, por lo general) el de la composición de la fotografía, entiendo que tampoco en estos casos cabe hablar ni de una reproducción ni de una transformación de la fotografía, sin perjuicio, claro está, del respeto que la referida escenificación debe al derecho moral del autor de la obra fotográfica (cfr. para la parodia lo dispuesto en el art. 39 LPI).

En fin y como es lógico, ya no es ni siquiera transformación la transposición de la fotografía a obras de carácter distinto del plástico (v. gr.: una composición musical inspirada en una fotografía, o una narración descriptiva de una fotografía <sup>80</sup>). En efecto, hasta tal punto se aleja la con-

---

<sup>77</sup> Irrelevantes serán las variaciones de forma o colorido (v. gr.: sombreado) que no desvirtúan el modelo reproducido.

<sup>78</sup> Como caso especial en el que se estima la existencia de una reproducción se señala el de la realización de un simple relieve (a propósito de la acuñación de monedas). Vid. KNOTH, K. H., *Schadenersatzansprüche nach Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes bei widerrechtlicher Benutzung eines Lichtbildes*, ZUM 1990, pp. 114 y ss.

<sup>79</sup> Con la excepción hecha en la nota precedente.

<sup>80</sup> V. gr.: como la propuesta conceptual de Joseph Kosuth («Una y tres sillas», 1965), en la que el autor se aproximó a la realidad «silla» a partir del objeto silla, la descripción verbal de la silla y la descripción fotográfica de la silla (tomo la información de C. CÁNOVAS, en *La intensa búsqueda*, cit. *supra*).

formación de la nueva obra de la fotografía que su originalidad no se explica ya en función de ésta.

Ya en otro orden de consideraciones, es evidente que la adaptación o transformación de una mera fotografía plantea menores interrogantes que en el caso de una obra fotográfica debido a la menor «altura creativa» que a aquélla subyace<sup>81</sup>. Mas de lo anterior no se sigue que no pueda existir un interés digno de protección en la transformación de una mera fotografía. Ocurre, sin embargo, que este interés no encuentra acogida en nuestro esquema legal; lo que no impide, como es obvio, que pueda ser objeto de consideración en el marco de un contrato para la explotación de una mera fotografía (cuestión que es de especial interés en el caso de los reporteros gráficos).

Siempre, pues, desde esta perspectiva, son trasladables aquí las consideraciones realizadas en relación con las obras fotográficas, sólo que con ciertas salvedades o limitaciones que entroncan, a su vez, con la menor protección que se ha de otorgar a la prestación contenida en una mera fotografía. Se convendrá en que la protección de la mera fotografía no se extiende solamente a la concreta conformación material de la misma, pues en tal caso, toda variación, por pequeña que fuera, sería libre y no tendría sentido alguno hablar ni de reproducción no consentida (ni tanto menos, de transformación) de una mera fotografía. El problema está, pues, en determinar los contornos de esta posible reproducción y ulterior transformación<sup>82</sup>. Pues bien, la transformación de una mera fotografía existe en tanto que la impresión global que ésta produce al observador haya sido tomada en la fotografía cuya novedad se cuestiona. Al efecto, el análisis deberá prescindir de los elementos que pertenezcan al dominio público y concentrarse en la singularidad de la imagen. La singularidad de la imagen controvertida no se enjuicia con los mismos parámetros a que se ha recurrido en el caso de las obras fotográficas; sino que basta, como quedó dicho, la constatación de una variación mínima respecto de una imagen anterior. Se trata, pues, de valorar, a través de elementos formales, si la nueva creación cuya individualidad (mínima) se discute se diferencia y distingue de una mera fotografía previa. Aún debe advertirse que, pese al reconocimiento de una cierta individualidad en la mera fotografía, nada ha de impedir la realización de una nueva fotografía sobre el mismo motivo. En efecto, el realizador de la mera fotografía no puede monopolizar ni la idea de la disposición, ni la forma de realización de la fotografía, como tampoco la elección del motivo. La prestación protegible en la primera imagen reside inmediatamente en la realización de la instantánea concreta; de modo que la ejecución de una nueva captación implicará otra prestación protegible. La cuestión de la transformación

---

<sup>81</sup> En este sentido, asimismo, HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 95.

<sup>82</sup> Al menos de ella habla, implícitamente, RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 97, cuando sostiene que toda fotografía es susceptible de transformación, si bien a menor grado de individualidad, menores serán los condicionamientos que deben superarse.

(sometida a autorización) de una mera fotografía es, en definitiva, más teórica que práctica. Sirva sólo por tanto como solución aproximativa la siguiente: cuanto menos estético sea el contenido de la imagen primaria o de base, más amplio será el ámbito de lo libremente disponible por otro fotógrafo u otro artista plástico, hasta que llegue un momento en que la imagen primigenia pueda ser recreada por cualquiera, de modo que la protección que ésta recibe se circunscribe a la concretísima toma y es tan pequeña, que cualquier variación, incluso la más insignificante, ha de implicar una visión plenamente novedosa del motivo. Generalmente se trata de imágenes que prescinden de un contexto o fondo, en conexión con las cuales cobra pleno sentido hablar de tomas «idénticas»<sup>83</sup>, todas ellas libres y protegibles, al menos, como mera fotografía.

A la luz de las anteriores consideraciones, para que pueda hablarse de obtención de *copias* de una mera fotografía sujetas a la autorización de su realizador, la imagen controvertida deberá reproducir de modo idéntico o sustancialmente similar todos o parte de los elementos que conformaban la imagen primigenia y, por tanto, que constituyen la prestación en ésta protegida. Si es cierto que el riesgo de reproducir una prestación primitiva se concita con la aportación de variaciones mínimas, no lo es menos que habrá que tener a éstas por irrelevantes cuando no consigan desvirtuar la impresión global que transmitía la imagen primitiva. De su parte, la existencia de una *transformación* de la mera fotografía deberá analizarse según los criterios generales expuestos en relación con la obra fotográfica, pero teniendo en cuenta que en la mera fotografía se da una vinculación mayor con la configuración del motivo, pues el número de elementos que caracterizan y diferencian a una mera fotografía es comparativamente inferior que los predicables en relación con una obra fotográfica, de modo que es mayor el ámbito de lo libremente disponible por terceros. En suma, y a diferencia de lo que es predicable en relación con las obras fotográficas, es más fácil en el ámbito de las meras fotografías el salto de una reproducción a una transformación, pues basta con una divergencia; como también lo es el salto de una transformación a una libre utilización: así ocurrirá, v. gr.: cuando la mera fotografía se utiliza como un simple elemento de fondo de la nueva imagen.

#### 4. EL DERECHO MORAL DEL AUTOR DE UNA OBRA FOTOGRÁFICA

Sólo al autor de una obra fotográfica se atribuye un derecho moral sobre su creación, cuya previsión se ordena, como es sabido, a la salvaguarda de los intereses (ideales) del fotógrafo en conexión con su obra. Ello también puede justificarse en el caso del realizador de una mera fotografía, esto es, de una prestación que no se califica como obra. No es menos cierto que este

<sup>83</sup> HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 104-105; también RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., p. 96.



interés espiritual o personal no existe cuando se trate de prestaciones poco relevantes como tampoco cuando los terceros ignoren el contexto en que se realiza la prestación. Y ello porque no parece que, en tales casos, el fotógrafo pueda sufrir un menoscabo en su prestigio profesional o personal.

De las anteriores consideraciones, que nuestra doctrina patrocine, si bien aún tímidamente, la oportunidad de reconocer un derecho moral al realizador de una mera fotografía<sup>84</sup>. Desde esta perspectiva *de lege ferenda* valga señalar, por comparación con lo previsto para los autores de una obra fotográfica, las facetas del derecho moral que, a mi juicio, serían razonablemente reivindicables por el realizador de una mera fotografía.

Al autor de una obra fotográfica corresponde, en principio, un derecho de **primera publicación**, lo que implica su libertad de decidir si la fotografía se publica o no y, para el caso de que se publique, el modo y condiciones que esta manifestación al público ha de revestir. Como es sabido, la primera publicación se produce cuando la fotografía se haya hecho aprehensible a un número (cualitativamente) relevante de personas, y siempre, bien entendido, que medie consentimiento del o los titulares legítimos. La fotografía pierde entonces su carácter inédito en lo absoluto, esto es, lo pierde para todo medio que, en potencia, hubiese (también) permitido su publicación; esto es, hay una sola publicación y no varias, en función de qué forma se utilice para explotar la imagen<sup>85</sup>. Lo anterior es igualmente predicable para el caso de que la fotografía se edite<sup>86</sup>; como también cuando se grabe (v. gr.: mediante escáner) en un banco de datos público y accesible<sup>87</sup>. Mas dicho esto, es evidente que el derecho de primera publicación

<sup>84</sup> Así, BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 483, se hace eco de la oportunidad de que el realizador pueda reivindicar la paternidad de sus fotografías. De su parte, RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub 118, p. 535, precisa que el realizador no goza del derecho de paternidad, aunque nada impide que se pacte, lo que permitiría al realizador negarse a autorizar la explotación de su fotografía si el tercero no aceptase indicar su identidad o, en su caso, alegar un incumplimiento contractual. Mas dicho esto, la autora reconoce que la expresión del nombre del fotógrafo parece indispensable para que el tercero que quiera utilizar la (mera) fotografía sepa a quién ha de reclamar el consentimiento. También en este sentido *vid.* BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 1716. En la doctrina alemana, de su parte, el derecho de paternidad del realizador se reconoce abiertamente: *Vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859; o HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 107.

<sup>85</sup> *Vid.* en este sentido HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 87 y 88.

<sup>86</sup> En efecto, toda edición conlleva publicación: *vid.* KATZENBERGER, P., en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §6, nn. mm. 14 y 30, pp. 195, 199.

<sup>87</sup> Sobre la cuestión *vid.* MAABEN, *Urheberrechtliche*, cit., pp. 342 y 343. Sobre la calificación de los actos que determinan la inserción y posterior consulta por terceros de un dato (documento, texto, fotografía, etc.) en un banco público y accesible *vid.* MOUFANG, R., *Datenbankverträge* en BEIER/GÖTTING/LEHMANN/MOUFANG, *Urhebervertragsrecht*, ob. cit., pp. 571 y ss.; o en el mismo trabajo colectivo, la colaboración de DREIER, Th., *Aufeinander bezogene Urheberrechtsverträge-Zur Weiterentwicklung des Urhebervertragsrechts im Zeitalter elektronischer Werkverwertung*, en pp. 193 y ss. Entre nosotros, se ocupan de la cuestión (en relación con la digitalización y acceso a un fondo bibliográfico) MASSAGUER, J./SALELLES, J. R., *El Derecho de la propiedad intelectual ante los desafíos del entorno digital. Perspectiva general y problemas particulares para las bibliotecas*, Revista General de Derecho (RGD) núm. 636, septiembre de 1997, pp. 10927 y ss.

decae en el caso de la fotografía realizada por encargo, por cuanto el juicio de oportunidad y condiciones de aparición pública corresponde a quien ostenta contractualmente los derechos de explotación (es el caso paradigmático de gran parte de las fotografías publicitarias o periodísticas). Entendido en los términos anteriores, el realizador de una mera fotografía posee un interés análogo al del autor de una obra fotográfica.

El autor de una obra fotográfica posee, además, un **derecho de paternidad**, lo que le permite reivindicar su autoría respecto de su fotografía (art. 14.3 LPI). El referido derecho se ejerce normalmente exigiendo la vocación de su nombre en conexión con el original o sus copias. Su realización admite varias modalidades: plasmación de la propia firma en la fotografía (en general, en fotografías artísticas, realizadas en un estudio, etc.); adición de una línea indicativa junto a la imagen (usual en fotografías aparecidas en medios de difusión gráficos); fundido del nombre o mención oral del fotógrafo (en el caso de una difusión de la fotografía en soporte intangible). En la práctica, la forma en que el reconocimiento del fotógrafo se verifique dependerá de los términos del eventual acuerdo existente entre el fotógrafo y el sujeto que ostente los derechos de explotación sobre la fotografía. Dicho esto, debe advertirse que el derecho de paternidad es susceptible de renuncia siempre que ésta se realice en concreto y por tiempo determinado. Así ocurre además, con relativa frecuencia, en el caso de los «reporteros gráficos» y de los «publicistas», a la luz de sus contratos de trabajo o de arrendamiento de obra o de servicios<sup>88</sup>. En ausencia de pacto (o en el supuesto de que éste sea oscuro), habrá que estar a las circunstancias del caso, a los usos del sector o al tipo de reproducción empleado<sup>89</sup>. Como regla general, valga decir que en la impresión de una fotografía en un medio editorial, el nombre del fotógrafo suele aparecer junto a la imagen, ya sea debajo de ésta (en sentido horizontal) o al costado (en sentido vertical)<sup>90</sup>, o mediante una leyenda que no pase desapercibida al lector y que permita una ordenada identificación de las imágenes<sup>91</sup>. En el caso de que la fotografía se utilice en el curso de la filmación de una obra cinematográfica (y pienso aquí en la utilización de la fotografía como elemento de «atrezzo»<sup>92</sup>, por lo demás relevante por tratarse de un motivo recurrente en la

<sup>88</sup> Así también lo entiende MARTÍNEZ ESPÍN, P., en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 14, pp. 227-228.

<sup>89</sup> Así también para MARTÍNEZ ESPÍN, P., en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 14, p. 227, es posible la renuncia al nombre por exigencias de la naturaleza de la explotación de la obra.

<sup>90</sup> Como excepción se apuntan las fotografías de campañas electorales, en las que el nombre del fotógrafo no suele reseñarse: *vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859; entre otros motivos, para evitar una asociación del fotógrafo con un determinado partido político. Cabría añadir la de aquellas fotografías realizadas en el ámbito publicitario, en las que tampoco suele aparecer el nombre del fotógrafo.

<sup>91</sup> Frecuente cuando una publicación contiene muchas ilustraciones: *vid.* GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §72, n. m. 11, p. 859.

<sup>92</sup> Para NORDEMANN, en FROMM, F. K./NORDEMANN, W., *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*, Stuttgart-Berlin-

película), rara vez se empleará el fundido o aparecerá el nombre del fotógrafo bajo la imagen. En estos casos, sólo cabe la posibilidad de que, antes o después de ser proyectada la imagen, se mencione a su autor o realizador<sup>93</sup>. Lo mismo es predicable, como se apuntó, en relación con las fotografías realizadas en el proceso de producción de una obra audiovisual. En fin, y junto al derecho a que su nombre se mencione en asociación con la imagen, el fotógrafo podrá exigir judicialmente el reconocimiento de su autoría<sup>94</sup>. Entendida en los términos anteriores, nada habría de impedir tampoco que el realizador de una mera fotografía gozase de un derecho de paternidad sobre su prestación.

El autor de una obra fotográfica puede, sobre lo anterior, exigir el **respeto a la integridad** de su obra (art. 14.4 LPI). El autor queda así protegido frente a cualquier agresión o lesión infligida a su creación. Y ello, tanto si ésta se produce directa como indirectamente. Entre las vulneraciones de orden directo cabe hablar de recortes, retoques, cambio del color al blanco y negro<sup>95</sup> (y viceversa), o descomposición en varias imágenes (v. gr.: cuando la fotografía, como un todo, transmite un concepto en su integridad o una información, la selección de motivos aislados puede deformar este derecho personal del creador). Entre las vulneraciones de orden indirecto puede señalarse el acompañamiento de una leyenda denigrante o la inserción de la imagen en un contexto ofensivo o improcedente. En uno y otro caso, parece que la vulneración a la integridad de la obra exige una divulgación o explotación específi-

---

Köln (Kohlhammer), 1994, 8.ª ed., *sub* §57, n. m. 2, pp. 411-412, e incluso tratándose de un mero recurso decorativo (v. gr.: colgando de una pared), la aparición de una fotografía en una película necesita el consentimiento de su autor. Para HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 109-110, y n. 12, la solución debe atender en estos casos a otras circunstancias: tiempo de visualización de la fotografía en la pantalla, tamaño de la fotografía, si existe o no un reconocimiento pleno de la fotografía.

<sup>93</sup> Pero, como señala HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 88, n. 27, conforme crece la lista de quienes participan en la elaboración de una película, decrece la posibilidad de que el fotógrafo encuentre un reconocimiento adecuado por el público.

<sup>94</sup> Tráigase a este contexto (con los oportunos ajustes) la doctrina contenida en la STS de 19 de julio de 1989 (RJ 1989/5725). En el caso, el autor del monumento a la Batalla de las Navas de Tolosa en La Carolina (Jaén), reclamó el reconocimiento a la paternidad de la obra ante la publicación de una fotografía en la Gran Enciclopedia de Andalucía junto a la cual se atribuía erróneamente la referida escultura a otra persona. El Tribunal Supremo estimó este motivo pero desestimó la reclamación del mismo autor de una indemnización de quince millones de pesetas, por inexistencia de daño económico, sobre la base de que el daño, que habría de comprenderse en el concepto de lucro cesante, no se constata «... puesto que es difícil concebir que un artista de renombre pueda perder encargos a consecuencia de error en una publicación».

<sup>95</sup> Ésta fue la lesión alegada por el autor de unas fotografías que se reprodujeron en la edición de un libro antológico sobre la obra de Eduardo Chillida. El fotógrafo demandante sostuvo, sin embargo, la existencia de un incumplimiento contractual. De ahí que el Tribunal Supremo, en su momento, resolviera que el autor de la fotografía de un libro no puede reclamar nada de quien realiza la edición si no ha verificado contrato alguno con la editora, por lo que no queda suficientemente probado que la edición de las fotografías debía ser en color y no en blanco y negro. *Vid.* STS de 10 de febrero de 1995. Un extracto de la misma puede consultarse en RGD, núm. 636, septiembre de 1997, p. 11063.

ca de la obra<sup>96</sup>. También parece evidente el interés del realizador de una mera fotografía a exigir el respeto a la integridad de su prestación, en la medida en que ésta haya podido ser lesionada o desvirtuada, arrastrando, con ello, el desprestigio del fotógrafo (sobre todo, del profesional de la información).

La vertiente personal de la propiedad intelectual cobra especial relevancia cuando el manipulador de la fotografía sea el titular legítimo (v. gr.: por compraventa) pero se trate del único ejemplar de la fotografía, ya irreplicable (v. gr.: porque el negativo se haya perdido o destruido o dañado). En estos casos, la defensa del derecho moral del creador prevalece en tanto que se le permite acceder al único ejemplar de la obra, bien entendido que sin perjuicio de la posición jurídica del actual titular de la fotografía a quien, por lo demás, tampoco deberá incomodarse por el exigido acceso (cfr. art. 14.7.º LPI). Mas dicho esto, la existencia de un único ejemplar de la fotografía imprime ciertos límites a la posición del titular actual, en función de la necesaria preservación de la creación original contenida en la obra fotográfica. En otros términos: el fotógrafo posee un derecho en estos casos a reconocerse en su obra y a que el público pueda seguir en el futuro reconociéndole en su obra. De lo anterior se sigue que el derecho no decaiga cuando medie renuncia del fotógrafo<sup>97</sup>. De su parte, esta faceta del derecho moral es difícilmente predicable respecto de los realizadores de meras fotografías, por cuanto en éstas no cabe reconocer una creación personal, sino tan sólo un esfuerzo, una prestación. En efecto, la protección de la «personalidad» del fotógrafo es menos notable, porque también es prácticamente imperceptible el nivel de individualidad existente en la imagen, lo que otorgaría prioridad a la protección de los intereses del titular actual sobre los del realizador.

Pero donde mayor distancia podría apreciarse entre la configuración de la vertiente moral de la propiedad intelectual del autor de una obra fotográfica y aquella del realizador de una mera fotografía es en tema de retirada del original y copias del comercio por cambio de convicciones intelectuales o morales. Como es sabido, la cuestión se resuelve en sentido positivo para el autor de una obra fotográfica mediante la previa indemnización de los daños y perjuicios que se irrogasen a los titulares de los derechos de explotación (cfr. art. 14.6.º LPI). No creo, sin embargo, que esta solución sea trasladable al ámbito de las meras fotografías. En efecto, la prestación contenida en una mera fotografía no posee una entidad suficiente que justifique su prevalencia sobre los derechos de explotación de su legítimo titular. Y ello, porque el esfuerzo relativo, valga recordar, se ha definido en términos estrictamente objetivos, como «variación mínima entre varias opciones posibles». Al no acotarse el concepto de prestación protegible en términos

---

<sup>96</sup> Así lo ha entendido la AP de Sevilla en Sentencia de 1 de junio de 1996 (AC 1996/2529).

<sup>97</sup> Cfr. no obstante GERSTENBERG, en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §25, n. m. 12, p. 379, quien admite (si bien con cautela) la renuncia del autor en este sentido.

subjetivos, difícilmente puede constatarse un arrepentimiento respecto de la prestación en sentido estricto. Cuestión distinta es que, por las razones que sea pero que aquí no vienen al caso, el fotógrafo «se arrepienta» de haber realizado la fotografía.

## V. LÍMITES DE LA PROTECCIÓN CONFERIDA A LAS FOTOGRAFÍAS

Los derechos de explotación antes referidos experimentan ciertas restricciones que el fotógrafo debe tolerar en atención a la salvaguarda de intereses generales (cfr. arts. 31 y ss. LPI). Por virtud de la remisión operada por el artículo 128 LPI, los límites del derecho de autor son también aplicables respecto de la mera fotografía. Y ello, en definitiva, porque los referidos límites no se estructuran en función de la individualidad de la obra, sino que inciden en la ordenación patrimonial del estado o nivel de protección que ésta, en absoluto, pueda merecer.

De entre las limitaciones que implican una reproducción libre de la fotografía ya divulgada merece destacar, por lo que aquí interesa, ciertos aspectos.

En primer lugar, y respecto de las reproducciones que lo sean para uso privado del copista (cfr. art. 31.2.º LPI), parece que también habrá de tenerse por libre la confección de un archivo temático por parte del copista, siempre que lo fuera también para uso privado.

Habrà también que admitir, de su parte, que las reproducciones de la fotografía para uso privado de invidentes (cfr. art. 31.3.º LPI), implican, a su vez, la previa y libre adaptación de la fotografía (mediante un bajorrelieve).

En cuanto a la utilización de una fotografía a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico, con indicación de la fuente y nombre del fotógrafo y con fines docentes o de investigación (cfr. art. 32 LPI), debe realizarse respetando ciertos requisitos. En primer lugar, y como la propia Ley exige, debe tratarse de una utilización de «obras aisladas»; esto es, por esta vía no puede lograrse, de forma torticera, una distribución no consentida de toda (o gran parte) de la obra del autor. En otros términos, la cita debe proyectarse, para ser libre, sobre una (a lo sumo, unas pocas) fotografías del mismo autor. A su vez y no por obvio irrelevante, la autonomía de la fotografía citada debe quedar preservada. En segundo lugar, y sobre lo anterior, la utilización ha de estar justificada por la finalidad de la incorporación a la obra propia; esto es, debe existir una vinculación temática entre la fotografía y el contexto que enmarca su presentación en una nueva obra. La fotografía, por tanto, no puede utilizarse como mero recurso decorativo<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Vid. SCHRICKER, G., EN SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §51, n. m. 34, p. 681.

Ningún problema plantea, de su parte, el límite por virtud del cual las obras situadas permanentemente en vías públicas pueden ser libremente reproducidas por medio de fotografías (cfr. art. 35 LPI)<sup>99</sup>.

Mayor comentario exige el límite consistente en la difusión de la fotografía ya publicada en un medio de comunicación social en otro medio similar y con finalidad de información sobre un tema de actualidad. Para que la referida difusión sea libre, habrá de citarse la fuente y el autor (si el trabajo apareció con firma) y no existir reserva de derechos (cfr. art. 33 apartado 1, inciso 2.º LPI, cuya dicción permite sostener que una fotografía podría constituir un «trabajo de actualidad»). Sobre lo anterior, cualquier fotografía –incluso la no previamente difundida– susceptible de ser vista con ocasión de informaciones sobre la actualidad podrá ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa (cfr. art. 34 LPI). Dado el alcance de este límite, parece oportuno detenernos en la configuración de sus contornos. Vaya por delante que no debe sospecharse siempre una vulneración de los derechos del fotógrafo; es más, de hecho, la aparición de ciertas fotografías impactantes en un medio de comunicación puede hasta resultarle, a la larga, beneficiosa para su propio prestigio<sup>100</sup>. Dicho esto, entiendo que el libre empleo de la fotografía con ocasión de una información de actualidad requiere el cumplimiento de ciertos requisitos. En primer lugar, que exista una efectiva, directa y objetiva vinculación temática entre el contenido de la imagen y la información que se transmite. La función de la fotografía en la comunicación de la información ha de ser, por tanto, instrumental por documentar gráficamente un suceso. A su vez, la propia fotografía (como tal) puede ser precisamente el objeto de la información (v. gr.: porque se inaugura una exposición que la incluye). En segundo lugar, la información debe ser «de actualidad», cualidad que debe estimarse en función de la velocidad usual con la que las noticias suelen aparecer en los medios de comunicación (también en función de la periodicidad con la que aparece el medio)<sup>101</sup>. Dicho esto, no ha de estimarse libre la reaparición de la imagen en el medio de comunicación, lo que suele ocurrir con trabajos de resumen de los sucesos que han tenido lugar, por ejemplo, durante el año en curso<sup>102</sup>; y bien entendido

---

<sup>99</sup> Cfr. recientemente la Sentencia de la AP de Tenerife, de 9 de septiembre de 1995. Un extracto de la misma puede consultarse en RGD, núm. 636, septiembre de 1997, p. 11090.

<sup>100</sup> La aparición de la imagen fotográfica en un medio de comunicación no suele ser siempre fiel al original, por lo que no siempre es posible la plena apreciación de la obra fotográfica. Sin embargo, no ha de estimarse una lesión a la integridad de la fotografía, pues no cabe temer en el observador de la misma una impresión permanente (ya sea por la fugacidad de su aparición en un programa televisivo; o por la rapidez con que la prensa diaria se desecha tras la consulta). Apunta esta cuestión HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., pp. 111-112.

<sup>101</sup> Vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §50, n. m. 4, pp. 662-663. Ello supone que en el seno de un programa informativo en la televisión o en la radio, o la prensa diaria, debería difundirse la noticia en unos pocos días; en un programa o publicación semanal, en una semana; en una publicación mensual, en el siguiente número.

<sup>102</sup> En este sentido, vid. GERSTENBERG en SCHRICKER, *Urheberrecht*, ob. cit., sub §50, n. m. 4, p. 663.

que sin perjuicio de que la cesión concreta de los derechos de explotación sobre la fotografía pueda cubrir estos casos.

## VI. LA DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN CONCEDIDA A LAS FOTOGRAFÍAS

El plazo de duración de la protección concedida a la obra fotográfica se extiende, como en relación con el resto de las obras y con las especialidades de todos conocidas, durante la vida del autor y 70 años p. m. a. (cfr. arts. 26 y ss. LPI)<sup>103</sup>.

El derecho atribuido al realizador de una mera fotografía tendrá, de su parte, una duración de veinticinco años que se computarán a partir del día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o su reproducción. La claridad del precepto legal vigente ha sido ya suficientemente ponderada por nuestra mejor doctrina. Baste con señalar aquí que por realización relevante a estos efectos habrá que entender, como no puede ser de otro modo, la primera fijación de la imagen en el negativo<sup>104</sup>; como, en el supuesto de que la fotografía no se hubiese fijado en un soporte material, la primera exteriorización al público de la imagen.

## VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL SOBRE LA FOTOGRAFÍA

Una de las cuestiones controvertidas en la práctica es la determinación de quién es el titular legítimo de la propiedad intelectual sobre la fotografía en cuyo proceso de ejecución hubiesen intervenido varias personas.

Pues bien, el autor de una obra fotográfica es aquella persona física que hubiese procurado *todos* los elementos creativos en la realización de la fotografía. Sólo podrá hablarse de coautoría cuando varias personas hubiesen realmente colaborado al efecto, esto es, cuando hubiesen realizado una aportación individual efectiva. La aportación individual implica una concepción intelectual propia sobre la orientación del proceso de creación de la fotografía<sup>105</sup>, por más que éste es único como única ha de ser la obra resultante, de modo que las referidas aportaciones individuales no admiten una valoración (de suyo) independiente. Sobre lo anterior, la aportación debe ser efectiva, esto es, debe poseer cierta entidad o influen-

<sup>103</sup> Sobre la cuestión *vid.* RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., pp. 149 y ss.

<sup>104</sup> *Vid.* ulteriormente BERCOVITZ, en BERCOVITZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, pp. 1717-1718; y BONDÍA en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 128, p. 484.

<sup>105</sup> En este sentido, *vid.* RIEDEL, *Fotorecht*, pp. 62-63, quien asume que la coautoría implica una cierta contradicción en la comprensión de la obra por parte de quienes participan en ella.

cia en el resultado final: no basta con una iniciativa, un consejo, una simple orientación o sugerencia. En fin, la aportación individual puede referirse a la obra en su conjunto o a una de sus partes <sup>106</sup>.

La situación es bien distinta cuando las personas que trabajan junto al fotógrafo siguen estrictamente sus instrucciones. En tal caso, y como parece evidente, éste será el único autor de la fotografía <sup>107</sup>.

Las anteriores consideraciones son plenamente trasladables al ámbito de la mera fotografía, cuando su realización implique reflexionar y decidir sobre la opción que el realizador hace, entre las posibilidades preexistentes, para captar la imagen.

### VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA TRANSMISIÓN (INTER VIVOS) DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN SOBRE LA FOTOGRAFÍA <sup>108</sup>

La transmisión (inter vivos) de la fotografía plantea algunos problemas que afectan, en especial, a los fotógrafos profesionales o a aficionados de alto nivel; incidencias éstas, por tanto, que se vinculan a la explotación de obras fotográficas de cierto nivel artístico. Indicativo de lo anterior es que el legislador no haya tenido por oportuna la aplicación del régimen legal de la cesión contenido en los artículos 42 y ss. LPI a las meras fotografías (cfr. art. 132 LPI) <sup>109</sup>. Las consideraciones que siguen se refieren, por tanto, a la transmisión inter vivos de obras fotográficas. Ello no obstante, las indicaciones y recomendaciones que aquí se realizan son también predicables en relación con la explotación de las meras fotografías.

Las fotografías que, de un modo u otro, son objeto habitual del comercio que ahora nos interesa (fotorreportajes, exposiciones, fotografía publicitaria, etc. <sup>110</sup>) provienen, principalmente, de tres grandes fuentes, a saber: fotógrafos autónomos (gran parte de los fotógrafos publicistas y de moda); reporteros gráficos (que trabajan por su cuenta o por cuenta ajena, esto es, para un medio de comunicación); y «maestros fotógrafos», que cuentan por lo general con un equipo de ayudantes y que realizan una actividad de corte puramente artístico <sup>111</sup>. A su vez, el tráfico comercial

<sup>106</sup> Cfr., en este sentido, RIEDEL, *Fotorecht*, ob. cit., pp. 62-63; asimismo HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., p. 122.

<sup>107</sup> También en este sentido vid. RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, p. 532.

<sup>108</sup> La transmisión (mortis causa) de la propiedad intelectual sobre las obras fotográficas o sobre las meras fotografías no presenta perfiles singulares. Vid. en general BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentario*, sub artículo 42, pp. 203 y ss.

<sup>109</sup> Vid. sobre la cuestión las observaciones de BONDÍA, en BONDÍA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 128, p. 484; o antes las de RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, pp. 538 y ss.

<sup>110</sup> Pero también, valga insistir, meras fotografías: fotografías para ilustrar ediciones, muchas de las fotografías periodísticas, fotografías para su reproducción en postales en calendarios, etc.

<sup>111</sup> Esta ordenación genérica proviene de NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 477.



relativo a esta producción fotográfica se articula mediante negocios jurídicos adscribibles, a grandes rasgos, a una de las dos categorías siguientes: de un lado, a los contratos *de explotación*, esto es, contratos celebrados con terceros para la explotación de los derechos relativos a la fotografía; y, de otro lado, a los contratos *de gestión*, esto es, los que conforman la clásica relación entre un fotógrafo y una entidad de gestión colectiva de derechos de autor. A caballo entre una y otra categoría se situarían los contratos celebrados entre el fotógrafo y una agencia gráfica, de trascendental importancia en la práctica <sup>112</sup>.

Bajo la primera categoría (contratos de explotación) se inscriben los contratos celebrados entre el fotógrafo y un tercero que a él se dirige con el fin de utilizar fotografías de su archivo; entre el fotógrafo y un tercero que le encarga la realización de una fotografía o un reportaje con una finalidad más o menos definida; entre el fotógrafo y el empresario para quien presta servicios o trabaja (un periódico, una editorial); o entre una agencia y un tercero que a ésta se dirige porque busca fotografías (de un concreto autor o de un tema) que desea explotar con una finalidad concreta. Cada una de las mencionadas situaciones acusa, a su vez, problemas específicos.

Un fotógrafo puede, en primer lugar, acordar con un tercero la cesión de los derechos de explotación sobre una (o varias) de las fotografías de su archivo. Como es sabido, la cesión puede serlo con carácter exclusivo o simple. Es aconsejable la mayor claridad y detalle en las condiciones pactadas (modalidad de explotación, ámbito territorial, ámbito temporal, etcétera). Ante un conflicto o a falta de pacto expreso, la doctrina especializada mantiene que deben entenderse cedidas las modalidades de explotación imprescindibles para el adecuado cumplimiento de la finalidad del contrato pactado (ante la duda, además, la situación deberá resolverse *pro autor*, esto es, prefiriendo una licencia simple a una exclusiva) <sup>113</sup>. Dicho esto, si el tercero quisiera, además, incluir las fotografías en su propio archivo, a la referida cesión se superpondría una compraventa de los concretos ejemplares <sup>114</sup>. En relación con la venta de fotografías debe, en fin, distinguirse entre la venta de la fotografía (original o copias) y la del negativo. La venta del original o una copia de la fotografía sólo supone la transmisión de la propiedad sobre el ejemplar concreto y no implica, por sí sola, la cesión de derechos de explotación de ningún tipo, salvo el de exposición (*ex art. 56.2 LPI*). En cambio, parece oportuno presumir que la venta del negativo implica la transmisión de los derechos de explotación relativos a la fotografía <sup>115</sup>. Entiendo, en efecto, que la venta del negativo (soporte material en que se incorpora originalmente la

---

<sup>112</sup> Sigo básicamente a NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 478, y éste, a su vez, a E. Ulmer.

<sup>113</sup> Sobre el alcance de la cesión *vid. amplius* RODRÍGUEZ TAPIA en BONDÍA/RODRÍGUEZ-TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 43, pp. 208-209.

<sup>114</sup> Cfr. NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 484.

<sup>115</sup> Acoge esta diferencia, entre nosotros, RUIZ-RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., *sub* artículo 118, p. 539.

obra) supone la desvinculación voluntaria del autor de la fotografía respecto de todas las vicisitudes que la misma experimente en el tráfico económico; menos de aquellas, claro está, que lesionen la integridad de la obra causando, con ello, un daño al fotógrafo de índole personal. En términos más rigurosos: la venta del negativo supone la renuncia implícita del autor de la fotografía a su facultad de autorizar la ulterior explotación de su obra por cualquier tercero; renuncia que, no obstante lo anterior, no alcanza al derecho del fotógrafo de autorizar la transformación de la obra por cuanto ésta implica, de suyo, una alteración de su integridad.

Ciertos problemas presenta, de su parte, la relación entre un fotógrafo y el empresario para quien presta sus servicios como asalariado. De todos conocido es el conflicto de intereses que se plantea, en general, entre un empresario y un trabajador que desarrolle, en el marco de una relación laboral, una creación original de las protegidas por Derecho de autor. En efecto, mientras que el empresario halla respaldo en la legislación laboral para reclamar la propiedad de los resultados de quienes para él trabajan –y nada menos que en la rotunda declaración que inaugura el Estatuto de los Trabajadores!–; el trabajador asalariado reclama la propiedad intelectual de su obra. Para ser exactos, el conflicto no surge acerca de la autoría sobre la obra producida, que reside en el autor-trabajador de modo incuestionable, sino en torno a quién ostenta la titularidad de los derechos de explotación. La cuestión ha sido perfectamente advertida y adecuadamente resuelta desde la legislación sobre derechos de autor (más precisamente, en el título dedicado a la transmisión de los derechos). Allí se establece el principio general por virtud del cual, y a falta de pacto escrito (cfr. art. 51.1 LPI), se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva al empresario, si bien con el alcance que resulte necesario para el ejercicio de la actividad habitual de éste <sup>116</sup> en el momento en que el trabajador le entregue la obra (art. 51.2 LPI); declaración que se refuerza ulteriormente mediante la prohibición expresa al empresario de una utilización (o disposición) de la obra que traspase los fines que se derivan de lo expresamente pactado en el contrato de trabajo o, en su defecto, de aquello que se corresponda con el giro o tráfico económico usual del sector de actividad o profesional en que se inscribe el empresario (cfr. art. 51.3 LPI). Habrá que estar, pues, en primer lugar, al régimen de la cesión que se haya pactado por escrito en el contrato de trabajo <sup>117</sup>. Puede ocurrir, con todo, que empresario y

---

<sup>116</sup> Por actividad habitual cabrá entender, asimismo, la que se prevea desarrollar en un futuro inmediato. Como es sabido, la aproximación es parcialmente distinta en las legislaciones anglosajonas (los derechos pertenecen con carácter originario al autor pero se consideran cedidos *ope legis* al empleador, salvo que las partes dispongan lo contrario en el contrato de trabajo). Sobre la cuestión *vid.* ya BONDÍA, F., *Los autores asalariados*, 19 Revista Española de Derecho del Trabajo, julio-septiembre de 1984, pp. 419 y ss.; de la evolución en esta materia en el ámbito anglosajón da cuenta recientemente GENDREAU, Y., *Copyright Ownership of Photographs in Anglo-American Law*, 6 EIPR 1993, pp. 207 y ss.

<sup>117</sup> *Vid.* el régimen contractual examinado por el TS (Sala 6.ª) en Sentencia de 31 de marzo de 1997 (RJ 1997/3577): el trabajo realizado por el actor a la empresa titular de un periódico diario consistía en la realización de fotos y reportajes; el reportero aportaba la cámara y el automóvil que utilizaba para desplazarse. La empresa le suministraba el resto

fotógrafo no hayan previsto este extremo. En tales casos, la relación laboral debe modalizarse por el reconocimiento incuestionable de la autoría (o realización) de las fotografías y consiguiente atribución originaria al fotógrafo de los derechos de explotación sobre la misma. El empresario, de su parte, podrá gozar libremente de los frutos que el fotógrafo obtenga en el desempeño de las funciones para las que fue contratado; en concreto, el empresario goza en exclusiva (derivativamente y legitimado *ex art.* 51.2 LPI) del derecho de reproducción, distribución y comunicación pública de la fotografía con un alcance material (tipo de soporte, número de copias, etc.), geográfico (ámbito de difusión) y temporal limitados por la finalidad del contrato de trabajo <sup>118</sup>; circunstancias todas que habrán de corresponderse, a su vez, con la retribución recibida por el trabajador (la cual podrá consistir en la percepción de una cantidad periódica fija, como también en una cifra por ejemplar reproducido, etc.). El dato que, en caso de duda, ha de arrojar luz definitiva sobre el ámbito de la cesión será la proporcionalidad de la retribución recibida por el fotógrafo asalariado <sup>119</sup>. Así las cosas, datos como quién ordena la realización de las fotografías, o como quién soporta los gastos de ejecución de la fotografía (esto es, quién aporta la cámara y el material sensible, quién soporta los gastos de desplazamiento al lugar de la captación, quién cubre los gastos de revelado, etc.) son muy importantes, pero bien entendido que a los solos efectos de determinar si existe (o no) una relación laboral (*rectius*, ajeneidad o cesión anticipada del resultado del trabajo); y no, por tanto, a fin de establecer a quién corresponden los derechos de explotación sobre la fotografía, tanto menos la propiedad intelectual sobre la misma. Visto lo anterior, dos son, a grandes rasgos, las consecuencias derivadas de esta concepción. De un lado, los negativos permanecerán en poder del fotógrafo <sup>120</sup>, porque sólo así podrá gestionar la explotación de los derechos relativos a la fotografía, y que obviamente no se agotan en la utilización que de ella haga el empresario (así, entre otros, podrá cederla para otros ámbitos –v. gr.: una exposición, un libro antológico, etc.–), siempre que la

---

del material fotográfico y le proporcionaba una zona de trabajo. La empresa podía seleccionar para su reproducción las fotografías y las pagaba por pieza, pero en las publicadas constaba la firma del fotógrafo. El fotógrafo se reservaba la propiedad de los negativos.

<sup>118</sup> En la STS de 31 de marzo de 1997, cit., Fundamento de Derecho 4.º, se afirma: «Una (...) puntualización que interesa hacer sobre la modalización de la ajeneidad cuando el resultado del trabajo es una obra de autor es que la cesión de dicho resultado no tiene por qué abarcar a la integridad de los derechos de propiedad intelectual, sino sólo a los principales o más relevantes que son, respecto de las obras de fotografía periodística, los de explotación de las mismas en atención a su actualidad».

<sup>119</sup> La atención a la remuneración se acentúa en NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 490-494.

<sup>120</sup> *Vid.* STS de 31 de marzo de 1997, cit., Fundamento de Derecho 3.º: «La publicación de la foto con firma del colaborador o reportero, y la reserva de la propiedad de los negativos son (...) manifestaciones del derecho de propiedad intelectual del reportero o colaborador compatibles con la cesión a la empresa de la titularidad de los derechos de explotación periodística de las fotografías o reportajes adquiridos y pagados a la pieza». Sobre la cuestión, entre nosotros, RUIZ RICO, en ALBALADEJO/DÍAZ, *Comentarios*, ob. cit., sub artículo 118, pp. 539 y 549. En la literatura comparada *vid.* NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 490-494.

ulterior explotación de la fotografía no entre en conflicto con el legítimo disfrute de la misma por el empresario. De otro lado, el empresario deberá recabar el consentimiento del fotógrafo para la explotación de la fotografía más allá de lo que resulte de la relación laboral cuestionada; entiendo, además, que el empresario no podrá reutilizar la fotografía libremente, como tampoco manipularla (ni, tanto menos, transformarla) sin recabar previamente el consentimiento del fotógrafo.

La relación del fotógrafo con el tercero puede derivar, en segundo lugar, de un encargo para la realización de una fotografía (v. gr.: de un retrato) o de una serie de fotografías (v. gr.: un fotorreportaje). Esta situación es la más frecuente en el caso de reporteros gráficos o de publicistas. En uno y otro supuesto, y pese al seguimiento de las instrucciones impartidas por el comitente, el fotógrafo suele disfrutar de cierto margen de libertad para la configuración de la imagen. Ello no impide la calificación del contrato como un contrato de obra en cuyo seno, a su vez y por la especial naturaleza del resultado, el fotógrafo contratista se obliga, en favor del comitente, a la cesión (total o parcial, según corresponda) de los derechos de explotación relativos a la fotografía. En efecto, el encargo de una obra fotográfica es encargo de un resultado material (en los supuestos referidos, además, de carácter artístico <sup>121</sup>) al que se anuda necesariamente el disfrute por quien adquiere la propiedad de este resultado (el comitente); disfrute que, en el peculiar caso que nos ocupa, puede entrar en colisión con los intereses del legítimo titular originario de los derechos de explotación sobre la obra en cuanto que creación original del espíritu humano (el fotógrafo contratista), ámbito que podrá o no corresponderse con la utilización de la obra que haga el comitente. De modo que «obra por encargo» (en el sentido del art. 1588 CC) no es inmediatamente interpretable como «obra protegida por derecho de autor» (*ex art. 10 LPI*), sino tan sólo resultado material al que se anudan los derechos de explotación que permitan su disfrute por el comitente a la luz de lo pactado expresa o implícitamente por las partes. De lo anterior y, siempre a mi juicio, se sigue que la noción de obra que se maneja en el régimen legal relativo al contrato (civil) de obra (arts. 1588 y ss. CC) se satisface plenamente con la entrega a quien encargó la fotografía de un número de ejemplares suficiente para cubrir las legítimas expectativas derivadas de lo pactado o bien, como suele ser frecuente en la práctica, con la cesión del negativo al comitente durante un plazo de tiempo determinado transcurrido el cual deberá retornarlo al fotógrafo, y en el bien entendido que sólo se faculta al comitente a utilizar el negativo para reproducir la fotografía en cumplimiento de la finalidad pactada <sup>122</sup>. Así las cosas, los

---

<sup>121</sup> Pero también, conviene de nuevo insistir, de una fotografía que carezca del referido carácter (mera fotografía): es el caso del encargo de fotografías para ilustrar textos de finalidad didáctica (v. gr.: en una enciclopedia) o puramente documental (v. gr.: de un catálogo); o de fotografías para confeccionar postales, o calendarios, etc.

<sup>122</sup> La medida satisface, en principio, a ambas partes. Al comitente, la posesión del negativo le asegura que el fotógrafo no explotará su obra en colisión con sus intereses (si

negativos son propiedad del fotógrafo <sup>123</sup> y deben además permanecer en su poder para que éste pueda eventualmente ejercer los derechos de explotación que no hubiese cedido al comitente <sup>124</sup>. Por lo general, en la práctica, esta relación suele articularse según el clausulado de un contrato tipo, cuya redacción proviene de asociaciones profesionales <sup>125</sup>. Esta iniciativa debe ponderarse muy positivamente, pues ayuda a la distinción entre dos ámbitos que, como quedó dicho, no son necesariamente coincidentes, a saber: de un lado, el ámbito relativo a la cesión de derechos respecto de la obra encargada y, de otro lado, el ámbito relativo a los derechos que al fotógrafo corresponden en cuanto que obra intelectual <sup>126</sup>. En fin, también aquí y a falta de pacto expreso, la doctrina especializada viene entendiendo que deben tenerse por cedidas las modalidades de explotación imprescindibles para el adecuado cumplimiento de la finalidad del contrato pactado (que en un contrato de obra se configura, como es sabido, en función del interés del comitente <sup>127</sup>). De lo anterior se infiere que para determinar el alcance de la cesión deba atenderse, fundamentalmente, al riesgo asumido por quien encarga (y que se plasma en los costes que corren de su cuenta: material, personal ayudante del fotógrafo, estilistas, modelos, peluqueros, gastos de localización, dietas, desplazamiento de equipos, obtención de permisos, alquiler de estudio y locales, decorados, efectos especiales, etc.); mas junto a ello deberá atenderse a la proporcionalidad de la remuneración obtenida por el fotógrafo <sup>128</sup>. Ante la duda, el eventual conflicto deberá resolverse *pro* autor, esto es, prefirien-

---

bien no totalmente, pues es posible la reproducción de la fotografía a partir de una copia que el fotógrafo podría haberse quedado para sí). Al fotógrafo, la recuperación de los negativos le permite, en lo sucesivo, seguir explotando su obra. En fin, el fotógrafo suele reservarse en la práctica la facultad de autorizar cualquier acto de explotación de su obra que trascienda lo pactado.

<sup>123</sup> Como quiera que la autoría sobre la fotografía nace por el solo hecho de su creación o realización *ex* artículo 1 LPI, y a ello no obsta el hecho de que la misma se produzca a iniciativa de un tercero, quien encarga una fotografía no puede exigir que también se le entregue el negativo. En la misma línea se manifiesta HEITLAND, *Der Schutz der Fotografie*, ob. cit., op. 125.

<sup>124</sup> La entrega del negativo sin expresar reserva de ningún tipo (en el marco de un contrato de obra) genera para el comitente una posición equivalente a la del comprador de un negativo. Por más que predomine la realización de la obra sobre la entrega del material que permite su reproducción (lo que permite seguir hablando de contrato de obra), no es menos cierto que la entrega del material en que se incorpora originalmente la obra genera, como ya se apuntó, la desvinculación del autor respecto de la suerte comercial de su obra en el futuro.

<sup>125</sup> Particularmente interesante es el contenido del contrato propuesto por la «Associació de Fotògrafs Professionals de Publicitat i Moda de Catalunya», al que he tenido acceso gracias a la amabilidad de su directora, Montserrat Carbonell. Cfr. ulteriormente, los contratos tipo ofrecidos por RIEDEL, *Fotorecht*, pp. 210-213.

<sup>126</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ TAPIA EN BONDIA/RODRÍGUEZ TAPIA, *Comentarios*, ob. cit., pp. 203 y ss.

<sup>127</sup> Valga recordar que el contrato de obra tiene como objeto central la obtención de un resultado material (en favor del comitente) a cambio de un precio, de tal modo que el resultado al que se obliga el fotógrafo contratista dependerá en su conformación del interés del comitente. Escasos serán, por lo demás, los supuestos en los que la ejecución del contratista sea completamente libre.

<sup>128</sup> En esta línea, también NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 485-486.

do la existencia de una licencia simple a la de una exclusiva, etc., y siempre en el bien entendido que el fotógrafo no podrá hacer una explotación de los derechos retenidos que entre en colisión con la que realice legítimamente el comitente. En fin, parece que habrá que presumir que quien encargó una fotografía no posee un derecho a transmitirla libremente a terceros, como tampoco a incluirla en su propio catálogo con el fin de reutilizarla en futuras ocasiones.

Las agencias gráficas representan, en la práctica, el mejor vínculo entre el fotógrafo y el mercado de derechos de autor, pues permiten al fotógrafo la más amplia difusión de su producción. Las hay de diversos tipos y ámbito de acción, aunque cada vez más tienden a la especialización por ramas o motivos. Cada agencia dispone de una cartera compuesta a partir de fotógrafos con quienes pactan la cesión en exclusiva de los derechos de explotación relativos a su obra; ocasionalmente, también cuentan en su haber con fotógrafos con quienes pactan licencias simples (sobre algunas obras o sobre toda la producción del fotógrafo)<sup>129</sup>. La relación con el tercero se produce a iniciativa de éste: el tercero se dirige a la agencia, solicitando material para un uso concreto. La agencia, por su parte, y siempre en función de la finalidad indicada por el tercero, le remite varias fotografías para que el tercero seleccione, devuelva en su caso y en un plazo breve las que no vaya a utilizar, y conserve aquéllas que reproducirá siempre de acuerdo con la finalidad inicialmente expresada<sup>130</sup>. La agencia velará, además, por la adecuada explotación de la fotografía por el tercero, así como por la devolución de los ejemplares utilizados según lo pactado. En principio, la relación entre la agencia y el tercero se articula en base a un clausulado tipo. El problema fundamental que se plantea en estos casos es el ámbito de la cesión concedida al tercero. Se dice al efecto que la reproducción de la fotografía por el tercero debe corresponderse con la finalidad alegada por éste en el momento de requerir el material a la agencia<sup>131</sup>. Así las cosas, la solución dependerá del caso concreto, lo que no siempre será fácil, pues no es infrecuente que, debido a la urgencia con que el tercero recurre a la agencia, no exista contrato escrito (sino que la petición se verifique por teléfono). De lo anterior resulta que deba tenerse en cuenta, de un lado y sobre todo, la finalidad expresada por el tercero, a cuya satisfacción se orienta la oferta realizada por la agencia y, de otro lado, al pago pactado por la utilización de las fotografías<sup>132</sup>. En fin, en

<sup>129</sup> Sobre el alcance de la cesión, *vid.* en general las observaciones realizadas por NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 494-495.

<sup>130</sup> Se trata de un contrato *sui generis* que la mejor doctrina alemana ha calificado como un contrato de préstamo con una opción a la celebración de un contrato de explotación de derechos de autor, que se perfecciona cuando el tercero ejercita la opción ofertada por la agencia. Así NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 479. Cfr. no obstante la opinión de HABEL, O./MEINDL, M., *Das Urheberrecht an Fotografien bei Störungen ihrer professionellen Verwertung*, ZUM 1993, pp. 270 y ss., p. 272, quienes prefieren hablar de dos contratos sucesivos.

<sup>131</sup> *Vid.* NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 480.

<sup>132</sup> Esta segunda circunstancia deberá, a su vez, analizarse con cautela, en especial cuando el negocio se celebre según las condiciones de un contrato tipo.

estos casos suele plantearse con frecuencia la utilización anónima de las fotografías: en principio corresponde a la agencia obligar al tercero a indicar la paternidad de las fotografías utilizadas; en todo caso, el fotógrafo podrá siempre reclamarla directamente <sup>133</sup>.

La segunda de las grandes categorías apuntadas se refería a los contratos de gestión celebrados entre un fotógrafo y una entidad gestora de derechos de autor (en este caso, la «Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, VEGAP»). A diferencia de las agencias sectoriales (que normalmente sólo pueden gestionar la reproducción ulterior de las fotografías cedidas a tal efecto <sup>134</sup>), las entidades aquí referidas gestionan colectivamente, por lo general, todos los derechos de explotación relativos a una obra fotográfica (salvo el de autorizar la transformación por terceros <sup>135</sup>), así como también algunos derechos de orden patrimonial; en especial, les corresponde velar por los derechos de participación y de remuneración por copia privada, en beneficio del autor de la obra fotográfica. En todo caso, también aquí es de predicar la aplicación de la doctrina por virtud de la cual deben entenderse cedidas (*rectius*, cedidas para que se gestione su explotación) aquellas modalidades de explotación que resulten imprescindibles para el recto cumplimiento de lo pactado entre el fotógrafo y la entidad gestora. En cuanto a la naturaleza jurídica de la relación entablada entre el fotógrafo y la entidad gestora, se ha apuntado con acierto la existencia de un contrato *sui generis* para la promoción de intereses ajenos (los del fotógrafo), modalizado por la presencia de ciertas notas societarias <sup>136</sup>. De ahí que, en la práctica, muchos fotógrafos recurran a combinar los beneficios que les reporta la gestión colectiva ofrecida por una entidad de gestión (de carácter más integral, pues abarca la defensa de sus intereses patrimoniales y personales <sup>137</sup>) con los procedentes de su adscripción a una o varias agencias sectoriales (para la explotación individualizada de sus fotografías) <sup>138</sup>.

<sup>133</sup> Vid. sobre la cuestión, más ampliamente, NORDEMANN, *Verwertung*, cit., p. 496.

<sup>134</sup> La otra gran diferencia entre una agencia y una entidad de gestión es que estas últimas gestionan derechos pero no poseen las fotografías de sus asociados en archivo.

<sup>135</sup> Entiendo, en efecto, que siempre ha de quedar a salvo el derecho de autorizar la transformación de la obra por terceros que, debido a su conexión con el derecho (moral) de preservar la integridad de la obra, habrá de residir en el autor de la obra fotográfica, y sólo será renunciabile por éste en concreto.

<sup>136</sup> Vid. en extenso NORDEMANN, *Verwertung*, cit., pp. 499-501. Especialmente ilustrativo de ello es que en cumplimiento del derecho de remuneración por copia privada (audiovisual y reprográfica), el usuario paga unos porcentajes, no autor por autor, sino a las entidades de gestión que reparten entre sus miembros lo obtenido, en general, por este concepto: vid. «Vegap. Derechos de autor», tertulia con Cristina Moreno, directora de VEGAP, publicada en el Boletín de la Asociación de Fotógrafos Profesionales, núm. 26, julio-agosto-septiembre 1995, cuya consulta me ha sido facilitada por su Directora, doña Montserrat Carbonell. También quiero agradecer, de su parte, la atención que se me dispensó en el seno de la VEGAP, gratitud que personalizo en las figuras de su Directora, doña Cristina Moreno, así como en doña Cristina Busch.

<sup>137</sup> Y también porque, como parece obvio, es difícil que el fotógrafo pueda, por sí mismo, ocuparse de la gestión de ciertos derechos (v. gr.: de los de comunicación pública, o de la incorporación de la obra a una base de datos, o del alquiler y préstamo de la fotografía).

<sup>138</sup> Vid. la entrevista a Alfonso Gutiérrez (Gerente de A. G. E. Fotostock) aparecida en el Boletín de la Asociación de Fotógrafos Profesionales, núm. 25, abril-mayo-junio de 1995.

# Los límites al pago de tercero y la legitimación para consignar

PEDRO DEL OLMO GARCÍA\*

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: *Introducción.*—1. *Ideas preliminares.*—2. *Legitimación del tercero según la voluntad de las partes:* 2.1 La voluntad del deudor ante un pago de tercero. 2.2 La voluntad del acreedor ante un pago de tercero. 2.3 Pago del tercero interesado.—3. *Pago del tercero y consignación:* 3.1 El debate en nuestra doctrina: 3.1.1 Opiniones que afirman que los terceros sí están legitimados para consignar; 3.1.2 Opiniones que niegan que los terceros estén legitimados a consignar. 3.2 La cuestión en el Código alemán. 3.3 La mora del acreedor, la protección del deudor y la legitimación del tercero para consignar. 3.4 La legitimación del tercero para consignar en los actuales Códigos italiano y portugués: 3.4.1 La consignación en el Código italiano actual; 3.4.2 La situación en el Código portugués actual. 3.5 Nuestra posición en el Derecho español. 3.6 Recapitulación: legitimación para el pago y legitimación por la consignación.—4. *Otros límites al pago del tercero. El artículo 1161:* 4.1 El artículo 1161 y las obligaciones de hacer. 4.2 La extensión del artículo 1161 a las obligaciones de dar: 4.2.1 La extensión del artículo 1161, sobre la base de un interés del acreedor en la prestación personal del deudor; 4.2.2 Los límites al pago de un tercero en las obligaciones de dar. 4.3 Existencia de un pacto entre acreedor y deudor como límite al pago de un tercero: 4.3.1 Existencia de un pacto para excluir el pago de tercero, en obligaciones de hacer; 4.3.2 Significado de un pacto que excluye el pago de tercero, en obligaciones de dar.—*Conclusiones.*

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo se estudian los límites específicos del pago de un tercero, esto es, los casos en los que un tercero —contra la regla general— no puede compeler al acreedor a aceptar el pago *perfecto* que le ofrece. Así, se estudiará, por un lado, el alcance de la voluntad contraria a la intervención del tercero de acreedor y deudor y, por otro lado, los límites al pago de un tercero que tengan su origen en alguna especialidad de la

---

\* Para escribir este trabajo, he tenido la suerte de poder aprovechar comentarios y discusiones con los profesores Pantaleón, Rodríguez Tapia, Basozábal y Revilla, en absoluto responsables de los errores que subsistan.



obligación de que se trate (por ejemplo, el supuesto del art. 1161 CC: obligaciones contraídas *intuitu personae*).

Al lado de estos dos límites específicos al pago de un tercero, se aborda otra cuestión íntimamente relacionada: la de determinar si todo tercero debe estar legitimado para consignar la prestación debida o si es preferible discriminar entre distintas clases de *solvens*.

El trabajo está ordenado de la siguiente manera:

1. En primer lugar, se propone un concepto de pago de tercero y se explica brevemente la colocación que conviene darle a esta figura respecto a los demás casos de pago (pago del deudor, pago de un delegado, pago de un representante del deudor, etc.).

2. Se estudia, en segundo lugar, cómo influye la voluntad de las partes de la relación obligatoria en la legitimación para pagar de los terceros. La aportación fundamental en este punto consiste en entender que sólo los terceros que tienen *interés en el cumplimiento* (los que se subrogan por el pago) pueden intervenir en deuda ajena cuando acreedor y deudor, conjuntamente, se opongan al proyecto de pago de ese tercero; es decir, que un tercero cualquiera *—sin interés—* no está legitimado para pagar en esas condiciones.

3. En tercer lugar, se estudia qué tipo de sanción (*mora creditoris* o *mora creditoris* más consignación) es preferible para los casos en los que el acreedor se resiste injustificadamente a aceptar el pago perfecto que un tercero le ofrece. En este trabajo se propone una limitación de la legitimación para consignar de los terceros sin especial cualificación.

4. En cuarto y último lugar, se estudia el significado del artículo 1161 del Código Civil, precepto que limita las intervenciones de los terceros en las obligaciones de hacer de carácter personal. En este punto, se explica por qué es preferible entender, a diferencia de la mayor parte de nuestra doctrina, que es imposible extender ese precepto mecánicamente a las obligaciones de dar. Este apartado termina con un estudio sobre el significado que tiene un pacto por el que acreedor y deudor excluyan la intervención de los terceros ya desde el momento mismo de la constitución de la relación obligatoria.

## 1. IDEAS PRELIMINARES

Para estudiar qué sujetos están legitimados para pagar, el punto de partida en nuestro Derecho está en el artículo 1158, cuyo párrafo primero establece: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

Sobre esta base, los autores establecen que puede pagar, en primer lugar, el deudor; junto a él, también están legitimados para pagar sus sucesores, *inter vivos* o *mortis causa*, sea a título universal o a título particular. Estas personas se pueden servir de representante, voluntario o legal, para cumplir. Además, también están legitimados los terceros<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En la doctrina española, véase, por todos, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (en *Obras completas*, III), Madrid, 1988, pp. 209-210.

Para basar el concepto de pago de tercero no hay que partir, como hace gran parte de la doctrina, de la idea de espontaneidad (pago de tercero como pago realizado por un sujeto no obligado a pagar)<sup>2</sup>. Creo que es preferible atender a la *veste* con la que el *solvens* se presenta ante el acreedor, es decir, a la legitimación que el tercero ejercita para pagar<sup>3</sup>.

Desde este punto de vista, se puede decir que estamos ante un pago de tercero cuando el *solvens* no justifique su aparición en el acto del pago ni haciendo referencia al hecho de estar obligado frente al acreedor (ser parte en la obligación), ni haciendo referencia a una legitimación específica que el deudor (o la ley) le haya conferido (ser representante del deudor o de otro sujeto obligado para con el acreedor). Estamos ante un pago del tercero cuando el *solvens* paga en calidad de tal, en *nombre propio*. Es una categoría de pago y de legitimación residual y negativamente determinada<sup>4</sup>.

Con esta idea inicial se puede obtener una clara diferencia entre el pago de un tercero y el pago de un representante (directo) del deudor<sup>5</sup>.

---

En los autores franceses más recientes, a diferencia de los comentaristas más antiguos, la cuestión de la legitimación para pagar se trata muy brevemente, limitándose a comentarios sucintos sobre el artículo 1236 del *Code*. Me limitaré, por ello, a dar la siguiente referencia sobre los mismos: AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours de Droit Civil français*, IV, 6.ª ed., París (sin fecha), pp. 220-221; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil française. Obligations*, VII, 2.º, París, 1931, pp. 480-481; MAZEAUD, JEAN, HENRY y LEÓN, *Lecciones de Derecho Civil*, III, 2.º, Buenos Aires, 1960, pp. 121 y 127; MARTY y RAYNAUD, *Droit Civil. Les obligations*, II, 1.º, París, 1962, p. 601; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, V, 2.º, Buenos Aires, 1965, p. 378; CARBONNIER, *Droit civil*, 4.º, París, 1969, p. 470; STARCK, *Droit Civil. Obligations*, 2.º, París, 1972, p. 719, y WEILL y TERRE, *Droit Civil. Les obligations*, París, 1980, p. 127.

<sup>2</sup> Se puede ver esa insistencia en la necesidad de espontaneidad en BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, p. 23. En la doctrina italiana, véase, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, pp. 107 y 140; MICCIO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario del Codice Civile redatto a cura di magistrati e docenti*, Turín, 1982, p. 89; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, pp. 180 y 182. En la doctrina portuguesa, por todos, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1979, p. 720.

<sup>3</sup> DI MAJO, *Le modalità dell'obbligazione*, Bolonia-Roma, 1986, p. 527; BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milán, 1990, pp. 283-284. Igualmente, CARPINO, «Del pagamento con surrogazione», *Commentario Scialoja-Branca* (arts. 1201-1205), Bolonia-Roma, 1988, p. 47. Bajo el *Codice* anterior, MAGINI, *La surrogazione per pagamento nel diritto privato italiano*, Turín, 1924, p. 124.

<sup>4</sup> DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 527.

<sup>5</sup> La doctrina es casi unánime al afirmar las diferencias entre el pago de un tercero y el pago de un representante. Se puede ver DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 480; LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, 1.º, Barcelona, 1994, p. 143; CRISTÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 40 y 50, o BADOSA COLL, *Dret d'obligacions*, Barcelona, 1990, p. 278. Puede verse también SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1899, p. 259; SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, Sevilla, 1900, p. 29; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, XIX, Madrid, 1957, p. 966; CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y foral*, III, Madrid, 1988, p. 386; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 209.

Para el Derecho francés, véase DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, XXVII, París, 1872, pp. 49-50; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Civil*, IV, 7.ª ed., París, 1873, p. 545; LAURENT, *Principes de droit civil*, XVII, Bruselas, 1878, p. 472; BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle obbligazioni*, II,

Esta diferencia no es fácil de encontrar si partimos de la idea de pago de tercero como pago espontáneo y caracterizamos el pago del representante como pago impulsado por el deudor<sup>6</sup>. La diferencia última entre estos dos casos de pago por sujeto no obligado al mismo respecto del acreedor radica, probablemente, en la idea de que el tercero sólo puede influir directamente sobre la esfera del deudor si su intervención ha producido efectos *favorables* para ese deudor (extinción de la deuda, puesta en mora del acreedor, básicamente) y no en otro caso<sup>7</sup>.

Con esa idea inicial de definir el pago del tercero atendiendo a la legitimación que se ejercita para pagar, también queda claro que podemos estar ante un auténtico pago de tercero a pesar de que el *solvens* esté obligado *respecto del deudor* a realizar el pago (casos de asunción simple de deuda y algunos casos de representación encubierta, fundamentalmente)<sup>8</sup>.

---

Milán, 1915, p. 506. Para el Derecho italiano, véase, TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 7.<sup>a</sup> ed., Milán, 1986, pp. 410 y 412; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 107; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 278-279; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto civile*, 3.º, Turín, 1989 (reimpresión de 1990), pp. 80-81; CANNATA, «L'adempimento in generale», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1984 (reimpresión de 1991), p. 82; DI MAJO, «Delle obbligazioni in generale», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1988, p. 403; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 89; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milán, 1974, p. 178. Para el Derecho portugués, véase CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil*, IV, Coimbra, 1931, p. 713; LEITE SAMPAIO *et al.*, *Direito civil português*, p. 21; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 719; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, II, Coimbra, 1992, p. 25; MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 2.º, Lisboa, 1980, p. 198.

<sup>6</sup> Lo explica con claridad BIANCA, «Dell'inadempimento delle obbligazioni», en *Commentario Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1979, p. 461.

En ocasiones, la diferencia —entre un pago de tercero y un pago de representante— será inapreciable en la práctica. Sin embargo, existen diferencias que serán fundamentales en otros muchos casos: la imposibilidad de que el acreedor oponga al pago del representante un «interés contrario» a su intervención a los efectos de impedirlo, cosa que sí puede hacer —como veremos— frente a un tercero; por otro lado, el deudor que designó representante tiene la carga de revocar el poder cuando pretenda oponerse al pago del mismo y, por último, la posibilidad de que el acreedor controle la corrección del poder de representación que el tercero dice ostentar. Véase, DI MAJO, *Le modalità...* cit., pp. 528-529, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 196. A esas diferencias, Bianca añade la de que el tercero se puede subrogar por el pago, mientras que no puede el representante, cuyo pago extingue siempre las garantías y libera a los terceros, pues es como si el mismo deudor hubiera pagado. Además, según el mismo autor, la legitimación del representante es más vigorosa, por lo que hay casos (cuando el pago supone disponer de derechos de titularidad del deudor) en los que cabe cumplir por medio de representante y no cabe el pago del tercero. Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 279; también, NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milán, 1936, p. 20, y VAZ SERRA, *Sub-rogação nos direitos do credor*, Lisboa, 1953, p. 24.

<sup>7</sup> Véase, BIANCA, «L'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 450 y ss. Se puede encontrar un estudio profundo y heterodoxo sobre el pago de un tercero y el pago de un representante en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 17 y ss.

<sup>8</sup> Para la idea de que en los casos de asunción simple de deuda estamos ante casos de pago de tercero, BIANCA *Diritto...*, IV, cit., p. 283; CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 82; CICALA, «Accollo», en *Enciclopedia del Diritto*, I, 1958, p. 284; RESCIGNO, «Accollo», en *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1981, p. 142; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 527; SCHLESSINGER, *El pago al tercero*, Madrid, 1971, p. 46; RESCIGNO, «Delegazione» (diritto civile), en *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, p. 945. Para una crítica de esta concepción del *accollo*, véase, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 182. En nuestra doctrina, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en Derecho Civil*, Granada, 1996, pp. 246 y 247, entiende también que el asumente interno paga como tercero, en nombre

Para acabar de perfilar la noción de pago de tercero hay que recordar dos cosas más:

a) Que es necesario que el tercero sea consciente de que la deuda es ajena. Con este requisito del *animus solvendi debiti alieni* estamos despejando los casos de pago de lo indebido en los que el *solvens* paga en la creencia errónea de estar obligado a hacerlo<sup>9</sup>.

b) Que es necesario que el tercero cumpla los requisitos de regularidad del pago (también el deudor está sometido a esos requisitos). Esta idea es conforme a la justificación de la admisibilidad del pago del tercero por referencia a la función satisfactiva del pago<sup>10</sup>. Lo que el tercero ofrece

---

propio (sin embargo, expresa algunas dudas en p. 269). Ideas similares, recientemente, en RUBIO GARRIDO, *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, Madrid, 1997, pp. 122 y ss. En contra, BADOSA COLL, *Dret...*, cit., p. 274, entre otros autores. También en contra, últimamente, TUR FAUNDEZ, *El derecho de reembolso*, Valencia, 1996, p. 46. Para la idea de que el pago del representante indirecto es un caso de pago de tercero, entre otros, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, 1957, p. 330, o PESSOA JORGE, *Lições de direito das obrigações*, Lisboa, 1975-76, p. 351.

Para las relaciones entre pago de tercero y delegación de pago, véase, BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 142, y BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 280 y 283, que defienden una aproximación entre estas dos figuras. Para la doctrina española, una argumentación similar en LAGUNA IBÁÑEZ, «La delegación en el Derecho Civil español», *Temis*, 1958, p. 168. Véase también BELTRÁN de HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 136. Por el contrario, hay otros autores que entienden que la posición del delegado de pago se debe aproximar a la del representante directo; en este sentido véase NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 179-180 y 195; TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 91; RESCIGNO, «Delegazione», *Enc. Dir.*, XI, cit., p. 945; GRECO, «Delegazione» (dir. civ.), *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, p. 347. Véase también SCHLESSINGER, «Adempimento del terzo e delegazione di pagamento», *Temis*, 1958, 572 y ss. En la doctrina portuguesa parece apuntar en esta dirección ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 27, nota 1.

<sup>9</sup> Esta idea está unánimemente admitida por la doctrina. Para una muestra, se puede ver, estudiando tanto el pago del tercero, como el pago de lo indebido, las opiniones de, entre otros muchos, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 482 y 521; SÁNCHEZ BARBUÑO, *El pago*, cit., p. 30; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, I, Madrid, 1948, p. 479; GULLÓN, «Cobro de lo indebido», en *Estudios de Derecho Civil en honor a Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, p. 368; LACRUZ, «El pago de lo indebido», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, p. 505; DE LOS MOZOS, «Pago o cobro de lo indebido», *R. D. P.*, 1988, p. 658.

En la doctrina francesa, se puede ver, también entre otros muchos: DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, VII, Bruselas, 1841, p. 9; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, II, Bruselas, 1862, p. 145, y *Théorie et pratique des obligations*, III, Bruselas, 1863, p. 404; más recientemente, GHESTIN y BILLIAU, «Répétition de l'indu», *Enc. Dalloz*, VII, p. 3; DEROUIN, «Le paiement de la dette d'autrui. Répétition de l'indu et enrichissement sans cause», *Rec. Dalloz Sirey*, 1980, p. 202; GHESTIN, «L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu», *Rec. Dalloz Sirey*, 1972, p. 278. En la doctrina italiana, por todos, VENEZIAN, «Azione di regresso da pagamento indebito», en *Opere giuridiche*, I, Roma, 1917, p. 586; SCUTO, «Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano», *Riv. Dir. Civ.*, 1917-I, pp. 64 y 80; BIGIARI, «Legittimazione attiva e passiva nella ripetizione dell'indebito», *Riv. Dir. Comm.*, 1929-II, p. 278; CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 36. En la portuguesa y argentina, por todos, VAZ SERRA, *Do cumprimento como modo de extinção das obrigações*, Lisboa, 1953, p. 47, nota 49; para el Código actual, GALVAO TELLES, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1989, p. 220; MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, II, Buenos Aires, 1928, p. 504.

<sup>10</sup> En relación a la justificación de la admisibilidad del pago de tercero por referencia a la función satisfactiva del pago, véase, por todos, VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1995, p. 144.

al acreedor ha de ser, pues, un pago *perfecto*, es decir, idéntico al debido por el deudor. Con este requisito, apartamos los casos que Nicolò denominaba casos de *cumplimiento indirecto de deuda ajena*<sup>11</sup>. Las figuras a través de las cuales se puede articular ese «cumplimiento indirecto» unas veces implican que el tercero se obligue personalmente frente al acreedor (expromisión, delegación perfecta y asunción de deuda) y otras veces se alcanza la liberación del deudor original sin recurrir al instrumento de crear una obligación a cargo del tercero (dación en pago efectuada por el tercero y compensación de un crédito que el tercero tenía contra el acreedor a cambio de que éste libere al deudor originario)<sup>12</sup>. La diferencia fundamental entre estos casos y el verdadero pago de tercero radica en que el acreedor puede rechazar libremente lo que un tercero le ofrece y que no coincide con lo que el deudor le debía, mientras que el Ordenamiento tiene prevista una sanción (mora, consignación) para los rechazos injustificados de una oferta de pago perfecto realizada por tercero.

## 2. LEGITIMACIÓN DEL TERCERO SEGÚN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Vamos a ver a continuación la irrelevancia de la oposición unilateral del deudor al pago del tercero; veremos asimismo que el acreedor, por su parte, tampoco puede oponerse injustificadamente a la intervención del tercero. Analizaremos después qué eficacia cabe atribuir a la oposición conjunta del acreedor y deudor a la intervención de un tercero y, acto seguido, analizaremos si ese acuerdo entre las partes de la relación obligatoria debe ser o no oponible a los terceros *interesados* (aquellos que se subrogan legalmente por el pago).

### 2.1 LA VOLUNTAD DEL DEUDOR ANTE UN PAGO DE TERCERO

El artículo 1158 prevé con claridad las distintas actitudes que el deudor puede adoptar respecto del pago del tercero. Esas actitudes –aprobación del pago, ignorancia o incluso oposición al mismo– son decisivas para determinar los efectos del pago entre el deudor y el *solvens*, porque son índices de las relaciones subyacentes existentes entre ellos (incluso en los casos en que, además, se pueda producir la subrogación legal o

---

Entre los autores más antiguos, sin embargo, se justificaba el pago del tercero por referencia al interés del deudor. La evolución de una opinión a otra puede verse comparando a TOULLIER, *Droit civil français*, VII, 5.<sup>a</sup> ed., París, 1830, p. 17, con HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, VIII, París, 1895, p. 14, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 507. Para una visión actual que atiende al interés del acreedor, DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 546-547.

<sup>11</sup> NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 237 y ss.

<sup>12</sup> Para una presentación de este tipo de intervenciones del tercero, se puede ver la obra de Nicolo citada anteriormente y la de BARASSI, *La teoria...*, III, cit., pp. 103 y ss.

convencional, ya que el tercero puede optar por ejercitar su propia acción en vez de la del acreedor satisfecho<sup>13</sup>), pero por lo que ahora interesa, y el mismo tenor literal del precepto lo afirma con claridad, no influyen en la legitimación para pagar que ostenta el tercero. El tercero puede pagar cualquiera que sea la actitud unilateral del deudor frente a su intervención. Como dice Borrell Soler, el Código, para evitar interpretaciones restrictivas, se preocupa de aclarar que también puede pagar el tercero en los casos más discutibles, como el de pago contra la oposición expresa por parte del deudor<sup>14</sup>.

Nuestro Código deja muy claro que el deudor no va a poder oponerse eficazmente al pago del tercero. A salvo de lo que más tarde veamos sobre la virtualidad de una oposición conjunta por parte de acreedor y deudor al pago del tercero, la única manera que tiene dicho deudor de evitar ese pago es proceder él mismo a realizarlo<sup>15</sup>. Está muy extendida la idea de que esa inoperancia de la oposición del deudor al pago del tercero deriva del hecho de que en ningún caso dicho deudor va a ver empeorada su posición a raíz de la intervención del tercero; en ese sentido, se ha llegado a decir que lo peor que le podría ocurrir al deudor es quedar obligado frente al tercero *en los mismos términos* –por efecto de la subrogación– en que lo estaba frente al acreedor<sup>16</sup>.

El artículo 1236 del *Code* (traducido casi literalmente en el art. 1238 del *Codice* de 1865) establece la admisibilidad del pago del tercero en Derecho francés. En ese precepto no se especifica nada sobre las posibles actitudes del deudor frente al pago del tercero<sup>17</sup>. Algunos autores, como Toullier o Larombière, admitían sin dificultad la posibilidad de pago del tercero contra la voluntad del deudor basándose en que es lícito mejorar la condición de los demás en su ignorancia e incluso contra su voluntad<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> He estudiado las complejas relaciones entre derecho personal subyacente y crédito original adquirido por subrogación en DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, Civitas, 1998, 233 y ss.

<sup>14</sup> Véase, BORRELL SOLER, *Cumplimiento, incumplimiento y extinción de obligaciones contractuales civiles*, Barcelona, 1954, p. 23. Este mismo autor manifiesta reticencias de índole moral a la admisibilidad del pago del tercero contra la voluntad del deudor y, con resonancias de otras épocas, se pregunta «¿Es admisible que un sujeto pague deudas de una mujer casada contra la voluntad de su marido, y aun que, mediante ese pago quede convertido en acreedor de la mujer? ¿Puede admitirse que otro lo haga para humillar a un competidor rival que se halla en situación económica precaria?». Actualmente, ideas similares en PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 243.

<sup>15</sup> Esta idea, expresamente, en POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Verona-Padua, 1898, p. 158; DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, II, 1.º, Madrid, 1977, p. 107; y bajo el nuevo *Codice*, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 182, y BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28.

<sup>17</sup> El artículo 1236 del Código francés establece: «Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressé, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier».

<sup>18</sup> Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 17, y LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144. Esta idea estaba ya en POTHIER, *Traité des obligations, en Oeuvres de Pothier annotées et*

Esta afirmación, directamente derivada de fundar la posibilidad del pago del tercero en el interés del deudor, no tiene el mismo alcance que en nuestro Derecho, ya que, al menos para Toullier, el pago realizado contra la voluntad del deudor no otorga al tercero ninguna acción contra aquél<sup>19</sup>.

En una opinión aislada, pero esclarecedora, Laurent afirma que no se puede pagar contra la voluntad del deudor en ningún caso<sup>20</sup>. Este autor afirma que el fundamento del pago del tercero está en el interés del deudor y que, por ello, no se puede pagar contra su voluntad. Si el tercero está empeñado en realizar el pago contra la voluntad del deudor y, por su parte, el acreedor desea recibir satisfacción, les quedaría, dice Laurent, la posibilidad de realizar una cesión.

Otros comentaristas del *Code* afirman decididamente la posibilidad de que el tercero pague contra la voluntad del deudor y que tal pago producirá una acción del tercero contra ese deudor<sup>21</sup>. Otros autores, en una posición más desarrollada, distinguen según el acreedor esté o no dispuesto a recibir el pago. Así se dirá que, cuando el acreedor esté de acuerdo en recibir el pago del tercero, este podrá pagar en cualquier caso, aunque el deudor se oponga. En cambio, si a la oposición del deudor al pago viene a sumarse la oposición del acreedor, el tercero no podrá realizar ese pago<sup>22</sup>.

## 2.2 LA VOLUNTAD DEL ACREEDOR ANTE UN PAGO DE TERCERO

Respecto de si el tercero puede *intervenir* en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor, tampoco parece haber mucha dificultad. En efecto, se da por sentado en la doctrina que el acreedor no puede rechazar injustificadamente el pago perfecto que le ofrece un tercero. Si tal ocurriese, el tercero tendría abierta la posibilidad de consignar, al menos en una primera opinión habitual bajo los Códigos de la órbita de la codificación francesa<sup>23</sup>.

---

*mises en corrélation avec le Code Civil et la législation actuelle* (por Bugnet), París, 1890, p. 272, núm. 499. Es una idea tomada del *Digesto*, Libro 46, Título 3, Ley 53.

<sup>19</sup> También ARNTZ, *Cours de droit civil Français*, III, 2.ª ed., Bruselas-París, 1879, p. 92, recoge estas ideas de TOULLIER.

<sup>20</sup> Véase, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 476-478. Sin embargo, este autor incluye expresamente, en el Anteproyecto de reforma del Código Belga (*Avant-Projet de révision du Code Civil*, IV, Bruselas, 1884), la posibilidad de que el tercero actúe contra el deudor con una acción de *in rem verso*, cuando pagó contra su voluntad.

<sup>21</sup> Así, LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 145; MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon*, II, 6.ª ed., París, 1863, p. 678; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 548; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16.

<sup>22</sup> Estas ideas se pueden ver en DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique du Code Civil*, V, 2.ª ed., París, 1883, p. 306; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 509. Una posición más dubitativa en DURANTON, *Cours...*, VII, cit., p. 12.

<sup>23</sup> Véase, por todos, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 26. Véase también, BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106; NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 115-118; DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 3.ª ed., Coimbra, 1966, p. 285; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., pp. 504 y 508.

La posibilidad de que el tercero intervenga en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor se fundamenta en la consideración de que ese acreedor no tiene más interés que el ver satisfecho su crédito<sup>24</sup>. Si la prestación que el tercero ofrece es conforme a la debida, el acreedor no puede oponer ningún otro interés en que cumpla el deudor personalmente. El acreedor, evidentemente, sí puede rechazar la oferta de cumplimiento que le hace el tercero cuando se incumpla alguno de los requisitos de regularidad del pago o –lo que no parece ser muy distinto– se trate de prestaciones infungibles (arts. 1176, 1.º y 1161). En esos casos, la negativa del acreedor a recibir el pago, estará plenamente justificada.

En nuestro Derecho, es frecuente apoyar esta conclusión de que el tercero puede intervenir en la deuda ajena contra la voluntad del acreedor, con una interpretación *a contrario* del artículo 1161. Tal precepto señala que en cierto tipo de obligaciones (básicamente, las que implican prestaciones de hacer infungibles por razón de la persona del deudor) el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero». El argumento *a contrario* consiste en decir que, cuando no se trate de ese tipo especial de obligaciones, el acreedor sí podrá ser compelido a recibir de manos de un tercero<sup>25</sup>. Se trata de un argumento que da por sentada la posibilidad de que cualquier tercero acuda al procedimiento de consignación y que, más adelante, volverá a salirnos al paso.

Sobre la posibilidad de que el tercero intervenga en deuda ajena contra la voluntad del acreedor, no hubo tampoco especiales dificultades en la doctrina francesa tradicional. Ya Pothier admite que, ante la negativa del acreedor, el tercero puede poner en mora al acreedor e incluso consignar<sup>26</sup>.

Sin embargo, sí dio lugar a polémica, y una polémica quizá relacionada con el oscuro y difícil inciso final del artículo 1236 del *Code*, una afirmación de Pothier según la cual el acreedor sí puede oponerse a recibir el pago en caso de que la deuda fuese simplemente quirografaria. El razonamiento de este autor arranca de una justificación del pago del tercero por referencia al interés del deudor, preponderante entre los autores más

<sup>24</sup> Esta idea está especialmente clara en LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 471, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 507. En nuestra doctrina se manejan ideas similares; se puede ver, entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; CASTÁN, *Derecho...*, III, cit., p. 368; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216, o BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 35.

<sup>25</sup> Se puede ver, en este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 241; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII, 1.º, 6.ª ed., Madrid, 1967, p. 604, y BONDÍA ROMÁN, «La subrogación en el crédito», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr Lacruz Berdejo*, II, Madrid, 1993, p. 992. Un razonamiento similar, en la doctrina italiana, en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 115.

<sup>26</sup> Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500. Idea unánime entre los exégetas del *Code*: véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 51. Para un reflejo de estas ideas en el proceso de elaboración de dicho cuerpo legal, se puede ver las palabras de Jaubert recogidas en FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, París, 1836, p. 341.



antiguos. Con esa base, Pothier afirma que el pago del tercero será admisible cuando suponga la paralización de la persecución iniciada por el acreedor, o ponga fin al devengo de intereses o sirva para cancelar las hipotecas. Pero, sigue este autor, «si le paiement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées»<sup>27</sup>.

Toullier asume estas ideas, pero el resto de los exégetas son de la opinión de que el *Code* no siguió las enseñanzas de Pothier en este punto<sup>28</sup>. El argumento fundamental que se aduce para apartarse de las ideas de este autor, además del tenor literal del artículo 1236, está en las enormes dificultades prácticas y los numerosos litigios que se producirían si el *solvens* tuviera que probar el interés del deudor cada vez que se efectuara un pago.

En estas ideas que estamos examinando hay algo que no está del todo claro. En efecto, ¿cómo explicar el razonamiento de Pothier de que el pago del tercero —puro y simple, es decir, *sin* subrogación— va a producir un «cambio de acreedor»? La explicación para este sinsentido nos la brinda Duratón: lo que sucede es que, en los casos de deuda simplemente quirografaria, el *solvens* va a disponer de una acción contraria de gestión de negocios contra el deudor y esa acción será, en su alcance práctico, igual a la que tenía el acreedor pagado. Por eso Pothier dice que el pago del tercero va a producir un cambio de acreedor. Pero, en realidad, como dice Demolombe, no cambia el acreedor sino que cambia la obligación misma.

En cualquier caso, descartadas estas ideas de Pothier, sigue siendo posible encontrar algún rastro de ellas en algunas afirmaciones, hoy plenamente vigentes, como la de que el tercero siempre puede forzar al acreedor al pago (o, al menos, constituirlo en mora), pero lo que no puede hacer es forzarlo a consentir una subrogación (ya que ahí sí que habría un cambio de acreedor)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500. El artículo 1236 del *Code* dice así: «Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressé, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, *s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*» (las cursivas señalan el inciso problemático).

<sup>28</sup> Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 18, frente a DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pp. 10-11; LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 145; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 677; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 51; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 474; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., pp. 303-304; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 15; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 508.

<sup>29</sup> Véase, incluso, la opinión de Jaubert en su discurso ante el *Tribunat* en FENET, *Recueil...*, XIII, p. 341. Según DE GÁSPERI, *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino*, III, Buenos Aires, 1946, p. 30, ahí podría estar el origen del artículo 729 del Código argentino, según el cual: «El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor; pero no estará obligado a subrogar en su lugar al que hiciere el pago». Sin embargo, bajo el *Codice* de 1865, se encuentran autores como SIMONCELLI, *Introduzione alle scienze giuridiche*

### 2.3 PAGO DEL TERCERO CONTRA LA VOLUNTAD CONCORDE DE ACREEDOR Y DEUDOR

En resumen, tenemos, por un lado, que el artículo 1158 afirma con claridad la posibilidad de que pague un tercero con independencia de la voluntad del deudor. Por otro lado, tenemos que el acreedor no puede rechazar el pago del tercero injustificadamente y que, si así lo hiciera, incurriría en cierta *sanción* (mora o mora y consignación). La cuestión que quedaría por resolver sería la de si es posible que intervenga un tercero contra la voluntad concorde de acreedor y deudor.

Sobre esta cuestión de la voluntad conjunta de acreedor y deudor, nada dice nuestro Código y la doctrina española se encuentra dividida. Entre nosotros, se puede citar a Bercovitz y Valladares como exponentes de los autores que niegan expresa y tajantemente la posibilidad de que el acuerdo entre el acreedor y el deudor pueda suponer algún límite al poder de pagar que el artículo 1158 atribuye al tercero<sup>30</sup>. Los argumentos para defender esta postura parecen derivarse simplemente de la ausencia de previsión legal al respecto: el artículo 1158 no pone límites a la posibilidad de que pague un tercero y no se encuentran razones, en el silencio de la ley, para establecerlos. El razonamiento de Albaladejo es similar y consiste en afirmar que, de un lado, el deudor no se puede oponer al pago (art. 1158) y, de otro lado, el acreedor no tiene ningún interés en oponerse, por lo que el tercero podrá pagar contra la voluntad de ambos.

Otros autores no abordan la especie con claridad, pero parece deducirse de su exposición que tampoco admiten este límite a la legitimación del tercero para intervenir en deuda ajena<sup>31</sup>.

Por otro lado, hay algunos autores en nuestra doctrina que afirman que el tercero no puede pagar contra la oposición conjunta de acreedor y deudor<sup>32</sup>. El argumento fundamental para negar la posibilidad de intervención del tercero radica en que, si se permitiera pagar a ese tercero también en estas circunstancias, se estaría permitiendo una injerencia indebida y arbitraria en los negocios ajenos contra la oposición explícita de los interesados. Es decir, estaríamos permitiendo injerencias en la

---

*e istituzioni di diritto civile*, Roma, 1907, p. 508, que todavía incurren en el mismo error que POTHIER.

<sup>30</sup> BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 26-27 y 285. En la misma línea se puede citar a CAMPUZANO TOMÉ, «La intervención del tercero en una deuda ajena», A. C., 1989-III, p. 3504, HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983, p. 109, nota 162; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, 1.º, 9.ª ed., Barcelona, 1994, p. 147; EYRÉ VARELA, «Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial», R. J. C., 1946, p. 37, y, aparentemente, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 245, y CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 201.

<sup>31</sup> Así, MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 968, y SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, cit., p. 29. No queda clara la opinión de LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 145.

<sup>32</sup> Es la postura de BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 136, y de PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, III, 1.º, Barcelona, p. 317. También, quizá, la de DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. Véase también CABALLERO LOZANO, *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992, p. 197.

esfera ajena que carecerían de toda posible justificación. Además, y también es una idea muy extendida, es lógico que el acreedor no incurra en mora (y el tercero no pueda consignar) si, siguiendo instrucciones del deudor, rechaza la oferta de un tercero, puesto que esa *sanción* se pone para defensa de los intereses del deudor<sup>33</sup>.

Esta última opinión es la que me parece más fundada. Para defenderla, se puede destacar que las opiniones de los autores que trabajaron sobre los Códigos que, como el nuestro, no contienen regulación expresa sobre el asunto, son opiniones mayoritariamente favorables a la solución de que un tercero cualquiera no pueda por sí mismo vencer la voluntad conjunta de acreedor y deudor que se oponen a su intervención<sup>34</sup>. El argu-

<sup>33</sup> Véase, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas» al *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, II-1.º, Barcelona, 1954, p. 120. Recordemos, entre los que sí admiten la consignación por tercero, la opinión de LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 476-478, y la de NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 124, entre otros autores que ya irán apareciendo a medida que avance la exposición. En el siguiente epígrafe se explica que, en ocasiones, la mora y la consignación se ponen al servicio del interés de determinado tipo de tercero.

<sup>34</sup> En ese sentido, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 306; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Tratado...*, II, cit., p. 510. Todavía un paso más, desde la posición que niega la posibilidad de pago del tercero ya desde el momento en que se le oponga la voluntad unilateral del deudor, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 477. Cfr., por otro lado, la opinión de MARCADÉ, *Explicación...*, IV, cit., p. 547.

En la doctrina argentina, cuyo Código también guarda silencio respecto del supuesto en cuestión, la opinión es unánime en el sentido de que no cabe una injerencia del tercero contra la voluntad de las partes de la obligación. Véase, COLMO, *De las obligaciones en general*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1961, pp. 389-390; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 509; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1928, p. 419; LAFAILLE, *Derecho Civil*, VI, Buenos Aires, 1947, p. 305; DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 30; RIVAROLA, *Instituciones del Derecho Civil argentino*, I, Buenos Aires, 1901, p. 168; BASSO y TABANERA, *Sinopsis de Derecho Civil argentino*, Buenos Aires, 1926, p. 138, y BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino*, I, 6.ª ed., Buenos Aires, 1989, p. 514, texto y nota 1074. En el mismo sentido, para la doctrina portuguesa, DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 285; CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 719, y ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, II, Coimbra, 1911, p. 242. Sobre esta materia también se puede ver la opinión de DIAS FERREIRA, *Código Civil português anotado*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1895, p. 75, y la de LEITE DE SAMPAIO *et al.*, *Direito...*, cit., p. 51. La opinión de estos autores viene facilitada por el hecho de que parten del artículo 747 del viejo Código portugués, el cual, después de sentar la legitimidad al pago de los terceros, contiene un párrafo final del siguiente tenor literal: «O credor nao pôde, comtudo, ser constringido a receber de terceiro a prestação, havendo no contracto declaração expressa em contrario, ou se com isso for prejudicado».

Entre los autores italianos que trabajaban sobre el Código de 1865, en el silencio del artículo 1238, se habían mantenido en la doctrina todas las soluciones posibles para esta especie del pago de un tercero contra la voluntad concorde de acreedor y deudor. Hay un buen resumen de las distintas posturas en NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 187, y DI MAJO, *Le Modalità...*, cit., p. 545. Para ver directamente las distintas posturas se puede ver CARBONI, *Della obbligazione nel diritto odierno*, Turín, 1912, pp. 196-197, y BORSARI, *Commentario del Codice Civile*, III, 2.º, Turín, 1877, pp. 615-616. La opinión que se defiende en el texto y que acabó triunfando en el Codice de 1942 se puede ver en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 124. También SCUTO, *La mora del creditore*, Catania, 1905, p. 61, y MERLO, *La surrogazione per pagamento*, Padua, 1933, p. 74, nota 2. Con argumentos similares, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, VII, Madrid, 1930, pp. 149-150. Aparentemente en contra, DE RUGGIÈRO, *Instituciones...*, II, 1.º, cit., p. 106.

mento siempre es el mismo: no se ve razón para que un tercero cualquiera (no interesado) pueda violentar la voluntad contraria a su intervención que manifiestan las partes de la obligación.

Por otra parte, los Códigos más modernos que el nuestro, siguiendo la línea del B. G. B. (par. 267, II), aceptan esta misma solución<sup>35</sup>.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 1180 del Código italiano de 1942 dice: «Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

El significado de la norma es claro: se trata de una declaración de voluntad que el deudor dirige al acreedor y que hace que ese acreedor pueda aceptar o rechazar la prestación que le ofrece el tercero<sup>36</sup>. Si el acreedor decide rechazar la oferta del tercero no incurrirá en sanción alguna. Si, por el contrario, el acreedor decide aceptar el pago del tercero, lo hará válidamente y el deudor sólo podrá hacer valer su oposición en las relaciones internas que existan o se establezcan entre él y el *solvens*.

La solución adoptada por el citado artículo 1180, 2.º del *Codice* supone que se da cierta relevancia a la voluntad del deudor a los efectos de impedir un pago no deseado del tercero, pero compatibilizando tal interés del deudor con las exigencias relativas a la efectiva realización del derecho del acreedor<sup>37</sup>. En efecto, la posición del acreedor es decisiva y resulta un claro indicio de que el legislador juzga preponderante el interés del acreedor<sup>38</sup>. La decisión del acreedor de aceptar o rechazar el pago del tercero contra la oposición del deudor, es enteramente libre y lo normal será que el acreedor realice un juicio de conveniencia que tendrá en cuenta la mayor o menor posibilidad de cobrar su crédito del deudor si decide rechazar el pago del tercero<sup>39</sup>.

El Código portugués actual contiene una normativa similar a la del precitado artículo 1180, 2.º del Código italiano, aunque más completa, en la medida en que también aborda la cuestión del derecho a cumplir por

<sup>35</sup> Véase, ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, II, 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, p. 119; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 255, y HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, III, Madrid, 1958, p. 137.

<sup>36</sup> Según CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188, se trata de una declaración de voluntad unilateral y recepticia. Para una explicación general del artículo 1180, 2.º, similar a la que se recoge en el texto, se puede ver TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413, BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81, BARBERO, *Sistema del derecho privado*, III, Buenos Aires, 1967, p. 37, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 88; GIORGIANNI, «Pagamento...», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 285; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 545, y BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106.

<sup>37</sup> Son ideas de NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188.

<sup>38</sup> La observación es de DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 546.

<sup>39</sup> Son ideas de BIGLIAZZI GERI, *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81. Sobre la idea de que la decisión del acreedor es libre, véase, DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 547, y NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 187-188. Por otro lado, tanto DI MAJO (en el lugar precitado) como MICCIO («Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 93), se hacen eco de la idea de que también es libre e incondicionada la decisión de oponerse que adopta el deudor, sin que pueda el tercero, o el Juez, venir a suplir su voluntad.

parte del tercero interesado. El artículo 768 del Código portugués empieza diciendo que si el acreedor rechaza el pago del tercero incurre en mora y el párrafo segundo añade: «É, porém, lícito ao credor recusá-la, desde que o devedor se oponha ao cumprimento e o terceiro nao possa ficar sub-rogado nos termos do artigo 592.º; a opposição do devedor nao obsta a que credor aceite validamente a prestação» (el art. 592 regula la subrogación legal)<sup>40</sup>.

En nuestro Derecho, creo que es posible defender esta misma solución. Además del respaldo de las doctrinas de otros países cuyos Códigos no difieren mucho del nuestro en esta materia y de la postura de los Códigos más recientes, se podría aportar dos argumentos más:

a) El primero consiste en decir que empeñarse en mantener que un tercero cualquiera puede pagar en todo caso lleva a resultados prácticos extraños. Si el acreedor y el deudor quisieran a toda costa evitar la intervención de un tercero cualquiera (por ejemplo, porque acreedor y deudor mantienen relaciones duraderas en las que no quieren ver entrometido a ese tercero que les inoportuna), siempre podrían hacerlo a pesar de que entendamos que el Ordenamiento concede a cualquier tercero el poder de doblegar las voluntades concordes de las partes. En efecto, acreedor y deudor podrían pactar un prórroga, por ejemplo, con lo que impedirían la intervención de un tercero (no interesado) que, por definición, ha de cumplir los requisitos de regularidad del pago. Claro que, si esto hicieran, los efectos de esa prórroga no tendrían por qué detenerse ahí (véase, por ejemplo, el art. 1851). ¿Tiene algún sentido negar a las partes lo que pueden lograr de otro modo y obligarles a buscar alternativas en caminos tan artificiosos como el descrito?

b) El segundo es un argumento relativo a la justificación del pago de un tercero y relativo a los intereses que están en juego. Desde este punto de vista, tenemos, por un lado, el interés del deudor en liberarse de la deuda, incluso a través del pago de un tercero; por otro lado, tendremos el interés del acreedor en cobrar su crédito sea quien sea el *solvens* (con el límite, puesto en su interés, del art. 1161); por último, está el interés del tercero en pagar la deuda de otro, interés que puede ser más o menos relevante y que, desde luego, no es ilimitado en todos los casos<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sobre este precepto, véase, por todos, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 14. Sobre esta materia, en general, se puede ver también ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720, y ABÍLIO NETO, *Código Civil anotado*, 8.ª ed., Lisboa, 1994, pp. 538-540.

<sup>41</sup> La descripción de este conflicto de intereses está muy extendida; se puede ver en BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 47; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349, y ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28, entre otros muchos. Creo que conviene destacar que, al admitir el pago de un tercero, se está favoreciendo también la fluidez y agilidad del tráfico. LAURENT (*Principes...*, XVII, cit., pp. 474 y ss.) es el que lo ve con mayor claridad. Desde este punto de vista, la cuestión sería determinar

Así las cosas, es claro que no se puede dar al acreedor el poder de oponerse al pago perfecto que le ofrece un tercero. El único interés protegible de aquél está en ver satisfecho su crédito. Esta idea de que el acreedor no puede obstinarse en mantener vivo su derecho ha dado lugar a enfáticas palabras como las de Jaubert ante el *Tribunat*: «Ne serait-il pas injuste que le créancier pût malicieusement s'obstiner á conserver la faculté de tourmenter son débiteur, qu'un fils ne pût éteindre l'obligation de son père, un père celle de son fils, un ami l'obligation de son ami, un homme bienfaisant celle d'un infortuné ou d'un absent?»<sup>42</sup>.

Por otro lado, es todavía más claro que no se puede dar al deudor la posibilidad de oponerse eficazmente al pago del tercero, so pena de reconocerle una posición en la que se puede hacer fuerte en perjuicio del acreedor. En efecto, la regla que admite el pago del tercero implica que el deudor no puede poner límites al derecho del acreedor de recibir satisfacción. Huc lo explica con toda claridad cuando dice que el acreedor debe tener el derecho de recibir el pago de cualquier persona y de ahí se deriva, como corolario de este derecho, que el pago pueda ser efectuado por un tercero<sup>43</sup>. Parece, en efecto, que si reconociéramos el derecho del deudor a oponerse al pago del tercero, le estaríamos reconociendo un derecho que no tiene; en último extremo, reconocer tal derecho al deudor llevaría a la absurda consecuencia de que el tercero y/o el acreedor tendrían que obtener el consentimiento del deudor —¿mediante precio?— para poder proceder al pago o cobro de la deuda.

En esta situación, parece bueno el camino que señala Giorgi. Este autor, dice que la regla que admite la posibilidad del pago del tercero (art. 1238 del *Codice* de 1865) tiene como finalidad «defender el interés del acreedor o del deudor (en el pago) contra la caprichosa negativa del otro interesado»<sup>44</sup>. También son muy claras las palabras de Alves Moreira: «siendo el interés del acreedor que la obligación sea cumplida y el interés del deudor el verse libre de ella, no sería justo que el acreedor no pudiese recibir la prestación de un tercero, por el hecho de que el deudor se oponga, ni tampoco lo sería que el deudor no pudiese ser favorecido por el pago del tercero, por el hecho de que el acreedor rehusara aceptarlo»<sup>45</sup>.

Si esto es así, parece que no habría problemas en admitir que el acreedor y el deudor, de acuerdo, pudiesen oponerse eficazmente al pago

---

si la fluidez y agilidad del tráfico son capaces de justificar la intromisión de un tercero no interesado en la esfera ajena contra la voluntad de los dueños del negocio. La respuesta parece obvia.

<sup>42</sup> Véase, FENET, *Recueil...*, XIII, cit., p. 342. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, p. 590, las recoge casi literalmente.

<sup>43</sup> Véase, HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 14. Las mismas ideas también en NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 187.

<sup>44</sup> Véase, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., pp. 149-150. La misma idea, bajo el *Codice* de 1942, en FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 1947, p. 235.

<sup>45</sup> Véase, ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., p. 242 (la traducción es mía). Ya bajo el Código actual, PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 348, recoge esta misma idea. Para un razonamiento similar en Argentina, véase, COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 390.

del tercero. De esa manera, el acuerdo de los dos beneficiarios de la norma que nuestro Código recoge en el artículo 1158, sería bastante para excluir el pago del tercero. Desde este punto de vista, el pago del tercero se presentaría, simplemente, como instrumento para proteger el interés del deudor (liberarse de la obligación) frente a la oposición del acreedor y, simétricamente, proteger el interés del acreedor (cobrar) frente a la oposición del deudor. La admisibilidad del pago del tercero se configura, de esta manera y en palabras de Huc, como un corolario de los derechos del acreedor y deudor.

## 2.4 LA LEGITIMACIÓN PARA PAGAR DEL TERCERO INTERESADO

La idea de que el acuerdo del deudor y el acreedor es bastante para excluir el pago de un tercero cualquiera parece aceptable desde el momento en que tiene en cuenta los intereses de las partes de la relación y la *ratio* del artículo 1158. Sin embargo, todavía es incompleta. Falta coordinar esta solución con el eventual interés del tercero en efectuar el pago.

En efecto, aparte de los intereses respectivos del acreedor y el deudor, hay terceros que ocupan una especial posición respecto de la relación obligatoria, para los cuales es necesario limitar el alcance de la oposición conjunta de acreedor y deudor<sup>46</sup>. Como se decía entre los exégetas del *Code*, hay terceros que no realizan un acto «completamente libre» al pagar porque están sujetos al poder de agresión del acreedor. Un fiador, por ejemplo, no puede ser forzado a esperar que el acreedor y el deudor acepten su pago (véase, llevando las cosas hasta el final, el art. 1851). En último extremo, se trataría de privilegiar la protección de los terceros cuya posición sí se ve *especialmente* afectada por la existencia o no de la relación obligatoria sobre la que tienen la intención de intervenir (fiadores, poseedores de finca hipotecada, dueños de la cosa pignorada...).

Es necesario tener en cuenta, pues, que el tercero tiene su propio interés en efectuar el pago y que, en ocasiones como las que hemos mencionado, puede tratarse de un interés jurídicamente relevante hasta el punto de reconocerle un *derecho a cumplir*, como sucede en el sistema alemán (par. 268 B. G. B.)<sup>47</sup>. La virtualidad de reconocer a ciertos terceros un

<sup>46</sup> Una exposición muy clara de esa necesidad en VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 54.

<sup>47</sup> El B. G. B. establece en el parágrafo 268 dos casos en los que el tercero tiene *derecho a cumplir* la obligación ajena. Esos dos casos son:

a) El titular de un derecho real sobre un objeto perteneciente al deudor cuando, por una ejecución forzosa promovida por el acreedor, se ve en peligro de perder su derecho en la subasta judicial.

b) El poseedor de una cosa si corre el peligro de perder la posesión por la ejecución forzosa, como por ejemplo el arrendatario (el ejemplo es de ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 120, nota 5). Por otro lado, este mismo autor (en p. 119, nota 4) advierte que, fuera de los casos de ejecución forzosa, el propietario de una finca hipotecada para garantía de deuda ajena tiene derecho de satisfacción frente al acreedor hipotecario (parágrafos

derecho a cumplir supone, precisamente, que a ese tercero le sean inoponibles los límites que en general se admiten a la intervención sobre deuda ajena, de tal forma que se privilegia de forma incondicionada el interés del tercero en cumplir<sup>48</sup>.

Al lado del B. G. B., hay que destacar, por su regulación completa de estas cuestiones, la normativa del Código portugués vigente. En efecto, la alusión que hace el artículo 768, 2.º del texto portugués al artículo 592 significa que, pese a la oposición de ambas partes de la relación obligatoria, el tercero podrá pagar cuando sea uno de esos terceros que pueden conseguir la subrogación legal por pago, es decir, se trate de un tercero *interesado*<sup>49</sup>. Lo anterior significa que los terceros interesados tienen un auténtico derecho a cumplir y no podía ser de otra manera ya que, como explica Vaz Serra, la ley se encuentra en la necesidad de tutelar específicamente el interés del tercero al cumplimiento desde el momento en que se admite la eficacia de una oposición conjunta de acreedor y deudor al pago del tercero<sup>50</sup>.

La situación de los demás Ordenamientos sobre los que venimos trabajando no es tan clara como la alemana o la portuguesa actual. Sin embargo, se puede descubrir una fuerte corriente de opinión favorable a admitir esa legitimación reforzada de los terceros interesados.

---

1142, 1143, 1150 y 1171). Sucede lo mismo respecto del dueño de cosa mueble pignorada en garantía de una deuda ajena (parágrafos 1223 y 1224), así como respecto de los titulares de derechos reales, por ejemplo el usufructuario, que perderían su derecho real (más reciente) a resultas de la enajenación de la prenda (parágrafo 1249). Sobre todo esto, también LARENZ, *Derecho...*, I, cit., pp. 255 y ss.

<sup>48</sup> Véase, DI MAJO, *Le modalitá...*, cit., p. 529. Conviene detenerse un momento en aclarar que esta especial legitimación al pago del tercero interesado que estamos comentando permite superar sin problemas el límite generalmente puesto al pago del tercero consistente en oposición conjunta de acreedor y deudor. Pero que ya los exégetas del *Code* pusieron de relieve que eso no ocurre así con el otro límite general a la admisibilidad del pago del tercero: el que nuestro Código recoge en el artículo 1161. El ejemplo, muy ilustrativo y usual entre esos autores, era el de un fiador –tercero interesado– que no puede forzar al acreedor a recibir el pago en caso de obligación personalísima. Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 26.

<sup>49</sup> El artículo 768 del Código portugués, después de prever mora para el acreedor que rechaza el pago perfecto del tercero, tiene un párrafo segundo que añade: «É, porém, lícito ao credor recusá-la, desde que o devedor se oponha ao cumprimento e o terceiro nao possa ficar sub-rogado nos termos do artigo 592.º; a opposição do devedor nao obsta a que credor aceite validamente a prestação». Por otro lado, ese artículo 592 establece: «1.º Fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito».

<sup>50</sup> Sobre ese derecho a cumplir por parte de ciertos terceros, siguiendo los pasos del B. G. B., se pueden ver las explicaciones que da VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., pp. 54-57. Para una explicación del artículo 768, 2.º, por todos, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 27-28. Es de señalar que entre estos terceros que tienen derecho a pagar la deuda ajena no se encuentra, literalmente, el codeudor solidario, dado que, en el Código portugués, éste no se subroga legalmente por el pago; véase, sin embargo, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, p. 14, y *Código Civil anotado*, I, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 609.



Entre los exégetas del Código de Napoleón no es frecuente especificar si el acuerdo del acreedor y el deudor por el que se oponen a la intervención del tercero será o no oponible al tercero interesado<sup>51</sup>. Sin embargo, lo cierto es que al exponer la virtualidad de esa oposición conjunta, estaban estudiando el caso del pago del tercero *no interesado*<sup>52</sup>. Por otro lado, la analogía que suelen establecer entre la legitimación para efectuar el pago del deudor (que está legitimado porque está obligado) y la legitimación para pagar de los terceros interesados parece que también apuntaría a negar la posibilidad de que el acuerdo entre acreedor y deudor se pueda oponer a la intención del tercero interesado de efectuar el pago<sup>53</sup>.

En la doctrina portuguesa surgida bajo el Código de 1867, así como en la argentina, se admitía como regla general la eficacia de una oposición conjunta al pago por parte del acreedor y deudor; además, algunos autores destacaban que tal oposición conjunta no impide el pago del tercero *interesado*<sup>54</sup>.

En la doctrina italiana surgida bajo el Código de 1942, dado que el texto legal se limita a admitir que acreedor y deudor paralicen conjuntamente la intervención del tercero, las opiniones están más divididas, si bien se admite mayoritariamente la legitimación reforzada de algunos terceros. Así, Bianca explica que la legitimación del tercero al pago está concebida como protección al deudor –y, añadiríamos nosotros, también del acreedor– y no tutela un interés del *solvens*, por lo que se puede decir que el tercero tiene el poder de pagar, pero no el derecho. Sin embargo, sigue Bianca, el tercero puede tener en ocasiones un interés apreciable en cumplir, como sería el caso de que estuviera expuesto a la acción de acreedor (fiador, tercero poseedor de finca hipotecada, etc.), por lo que la

<sup>51</sup> Sólo HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 16, especifica que el tercero *sin interés* no puede pagar contra la oposición conjunta de acreedor y deudor. En la doctrina italiana que trabaja sobre el Código de 1865, también lo hace GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 149.

<sup>52</sup> Véase, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 55-57; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 306, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 509-510. En esos lugares estaban estudiando el supuesto previsto en el artículo 1236 del *Code* de que pagara un tercero no interesado, y es al hilo de ese estudio cuando exponen su opinión de que el tercero *sin interés* no puede vencer la común resistencia al pago del acreedor y deudor.

<sup>53</sup> Para esa analogía, se puede ver DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 49; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 470; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 506; también, LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 144, y COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 302. Además, entre los autores franceses más recientes, se encuentra la idea de que el tercero puede vencer la oposición (al pago) conjunta de acreedor y deudor si existe una actuación *fraudulenta* por parte de éstos. Así, AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 220, nota 1; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Encyclopédie Dalloz*, VI, 1991, p. 2.

<sup>54</sup> Así, DIAS FERREIRA, *Código...*, II, cit., p. 75, y DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoría...*, cit., p. 285. También, BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 514; BASSO y TABANERA, *Sinopsis...*, cit., p. 138, y, aparentemente, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 509. En contra, CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., pp. 714 y 719, donde argumenta, de forma poco ajustada, diciendo que el acreedor siempre puede conceder al deudor una moratoria, o perdonarle la deuda o querer extinguirla por compensación o novación. Es claro que tal cosa puede suceder, pero también es claro que los efectos no tienen por qué detenerse ahí (cfr., por ejemplo, art. 1851 de nuestro Código).

exigencia de tutela del interés del tercero ha de llevar a reconocerle un derecho a cumplir<sup>55</sup>.

El reconocimiento de la especial legitimación al pago del tercero interesado es admitido por otros autores italianos de forma más restringida. Así, Cattaneo, al estudiar en qué términos está el tercero legitimado para realizar la oferta formal previa a la consignación, se preocupa de advertir que, incluso contra la voluntad de acreedor y deudor, la oferta del tercero será válida cuando se trate de un adquirente del bien hipotecado. Caso al que, según Carpino, habría que añadir el del tercero que consintió una hipoteca sobre un bien propio, pero en garantía de una deuda ajena<sup>56</sup>.

Por su parte, Di Majo opina que es difícil admitir tal construcción en el sistema italiano debido a la ausencia de previsión legal específica; para este autor estamos ante una auténtica laguna legal, dado que el legislador no ha abordado el problema de tutelar un específico interés del tercero en pagar deuda ajena<sup>57</sup>.

En nuestra doctrina la situación es bastante decepcionante. Como hemos visto, o no se aborda la cuestión de qué sucede cuando acreedor y deudor no son propicios al proyecto de pago que abriga el tercero, o se tiende a afirmar que el acuerdo entre deudor y acreedor no quita para que el tercero pueda pagar válidamente.

Es curioso observar que la posición –muy extendida– de los autores españoles que, como Bercovitz y Valladares o Albaladejo, creen que el tercero puede pagar a pesar de la oposición de las dos partes de la relación obligatoria, lleva al mismo resultado práctico que los Códigos más modernos y gran parte de las doctrinas extranjeras proponen exclusivamente para el tercero *interesado*: proteger hasta el máximo sus posibilidades de cumplir la deuda ajena. Según esta posición doctrinal, en nuestro Ordenamiento cualquier tercero tendría *derecho* a cumplir en todos los casos<sup>58</sup>.

Los autores que en nuestra doctrina se muestran partidarios de que ese pacto entre acreedor y deudor sí tenga la virtualidad de excluir el pago del tercero, no abordan la cuestión de si ese pacto será también oponible a los terceros *interesados*. Sólo Caballero Lozano, en su estudio

---

<sup>55</sup> BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., pp. 288-289. Un reconocimiento igualmente amplio de este derecho del tercero interesado en FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 235; BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milán, 1958, p. 23; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 3.ª ed., Padua, 1988, p. 843.

<sup>56</sup> Véase, CATTANEO, «Della mora del creditore», en *Commentario Scialoja-Branca* (art. 1206-1217), Bolonia-Roma, 1973, p. 100, y CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 96.

<sup>57</sup> Sin embargo, Di Majo parece alcanzar resultados similares a los que se llegaría a afirmar el derecho a cumplir de los terceros interesados, pero a través de una limitación de la posibilidad de oposición por el deudor al pago del tercero. En efecto, Di Majo exige que el deudor tenga un interés «apreciable» para que pueda oponerse al pago del tercero. Cfr., DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 547-548.

<sup>58</sup> El siguiente párrafo de BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75) es buena muestra de que se alcanza ese resultado tan exagerado: «De acuerdo con el artículo 1158 se reconoce a cualquier tercero el *poder* de pagar una obligación ajena y ese poder sólo puede ser renunciado eficazmente por el propio tercero». Más que de «poder de pagar» parece que estos autores deberían hablar de «derecho a pagar».

sobre la mora del acreedor, se preocupa, incidentalmente, de advertir que la voluntad contraria al pago manifestada por el deudor no le es oponible al tercero interesado<sup>59</sup>.

Ésta sería para mí la solución más correcta. De los argumentos que hemos ido destacando entre los que se manejan por autores extranjeros, creo que es especialmente importante el de que el tercero *interesado* está sometido al poder de agresión del acreedor de forma análoga a como lo está el mismo deudor. Ante el silencio de nuestro Código en todas estas cuestiones, creo que este hecho de que el tercero interesado esté sujeto al pago debe ser decisivo<sup>60</sup>. Por otro lado, no conviene olvidar que el argumento de que hay que evitar injerencias indebidas del tercero en la esfera ajena no se puede aplicar, si estamos ante un tercero con interés: su injerencia en la esfera de acreedor y deudor, incluso contra la voluntad de ambos, está perfectamente justificada.

### 3. PAGO DEL TERCERO Y CONSIGNACIÓN

Sabemos ya que un tercero puede intervenir en deuda ajena cualquiera que sea la actitud unilateral de las partes de la obligación. También hemos dicho que es preferible entender que sólo los terceros interesados pueden intervenir en esa deuda cuando acreedor y deudor se oponen conjuntamente a su intervención. En este apartado vamos a estudiar el tipo de sanción en que incurre un acreedor que rechaza injustificadamente el pago de un tercero, para tratar de avanzar más allá de la respuesta mecánica de que todo tercero puede consignar. Hay que determinar, pues, si un tercero cualquiera puede proceder a la liberación coactiva del deudor o si es preferible entender que ese procedimiento sólo está abierto a determinado tipo de tercero<sup>61</sup>. Sobre esto, la doctrina se encuentra dividida y las cosas tampoco se plantean con mucha claridad.

#### 3.1 EL DEBATE EN NUESTRA DOCTRINA

##### 3.1.1 OPINIONES QUE AFIRMAN QUE LOS TERCEROS SÍ ESTÁN LEGITIMADOS PARA CONSIGNAR

La pregunta es sencilla –¿puede consignar un tercero la prestación debida por otro?– y también la respuesta que cabe deducir a primera vista: evidentemente sí, ya que si el tercero, según hemos visto, puede

<sup>59</sup> Véase, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 197.

<sup>60</sup> Sobre el alcance que ha de darse a la noción de tercero *interesado*, véase la nota 138, más adelante.

<sup>61</sup> Hay que darse cuenta de lo limitado de la cuestión que nos planteamos. Se trata tan sólo de saber qué tipo de legitimación tienen los terceros para recurrir al procedimiento de liberación coactiva del deudor y si coincide plenamente o no con la que tiene el mismo deudor. Dejamos de lado, pues, otras importantes cuestiones relativas a este procedimiento por entender que desbordan los límites de este trabajo. Un planteamiento similar de la cuestión en NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 116.

intervenir sin contar con la voluntad del acreedor, tiene que existir algún medio para vencer la resistencia injustificada de éste a recibir el pago que le ofrece ese tercero. Cuando el acreedor se resista sin motivo —«sin razón», dice el artículo 1176— a recibir el pago perfecto que un tercero le ofrece, ese tercero podrá proceder a consignar lo debido siguiendo el procedimiento diseñado por el Código Civil.

Éste es el argumento sustancial que se ha manejado por la doctrina, tanto española como la de otros países cuyos Códigos pertenecen a la órbita de la codificación francesa, para defender que el tercero, sin más caracterizaciones, pueda consignar la prestación debida por otro<sup>62</sup>. En este sentido, es muy clara la versión de este argumento que ofrece Manresa, el cual, partiendo de que la consignación es una forma de pago, dice que «es indudable que cualquiera, aun no siendo interesado en la obligación, puede hacer aquélla (la consignación), porque de lo contrario quedaría sin eficacia el artículo 1158, como dependiente que en tal caso sería la realización del pago de la voluntad del acreedor»<sup>63</sup>.

Con estas mismas ideas, se dice que el tercero podrá consignar en todos los casos en que pueda lícitamente sustituirse en el pago de la deuda<sup>64</sup>. La

<sup>62</sup> Para Francia, se puede empezar por POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500 y p. 306, núm. 574. Comentando el artículo 1258 del *Code*, se puede ver a LAURENT, *Principes de droit civil*, XVIII, 3.<sup>a</sup> ed., Bruselas, 1878, pp. 178 y 180; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 49-51, y *Cours de Code Napoléon*, XXVIII, París, 1872, p. 58; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 712; TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 260; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 592, y MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 711; ZACHARIAE, *Manuale del diritto civile Francese*, II, Milán, 1907, p. 331, nota 2. Las mismas ideas, básicamente, en los trabajos preparatorios del Código, en los discursos de Jaubert y Bigot-Préameneu (FENET, *Recueil...*, XIII, cit., pp. 532 y 272, respectivamente). En la doctrina francesa más reciente: MARTY y RAYNAUD, *Droit...*, II, 1.<sup>o</sup>, cit., p. 635; SAVATIER, *Théorie des obligations*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1979, p. 376; CARBONNIER, *Droit...*, 4.<sup>o</sup>, cit., pp. 572-573; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 22; JOSSERAND, *Derecho Civil*, II, 1.<sup>o</sup>, Buenos Aires, 1951, p. 683; Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 295, nota 1, y RIPERT y BOULANGER, *Tratado...*, V, 2.<sup>o</sup>, cit., p. 382. En Italia, para el Código anterior, GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 301, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 58; MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 95. Sobre oferta y consignación se puede ver también: PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, 2.<sup>a</sup>, I, 3.<sup>a</sup> ed., Padua, 1941, p. 386; SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., p. 444, y CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, Turín, 1889, p. 59, entre otros. Para el antiguo Código portugués, DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoría...*, cit., p. 285; CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 767; ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., pp. 248 y ss. Para el Derecho argentino, DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 60; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 304; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 508. Se puede ver también RIVAROLA, *Instituciones...*, I, cit., p. 173; BASSO y TABANERA, *Sinopsis...*, cit., p. 156; BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 569. En esta línea tradicional está también el artículo 1108, 1.<sup>o</sup> del Proyecto español de 1851.

<sup>63</sup> Véase, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.<sup>o</sup>, cit., p. 726. En el mismo sentido, con el mismo argumento, PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español*, IV, 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1946, p. 184; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.<sup>o</sup>, cit., p. 285; CANO MATA, «La consignación», *A. D. C.*, 1969, p. 760. Optan también por la afirmativa, ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.<sup>o</sup>, cit., p. 156; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.<sup>o</sup>, cit., p. 145; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., p. 80, nota 113; ADAME MARTÍNEZ, *Asunción...*, cit., p. 262, nota 375, y VATTIER FUENZALIDA, «Notas sobre la subrogación personal», *R. D. P.*, 1985, p. 495.

<sup>64</sup> Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación judicial*, Barcelona, 1952, p. 64; MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1009, y VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho...*, cit., p. 168.

expresión más contundente de la idea es, esta vez, de Bercovitz y Valladares: «puesto que cualquier tercero puede pagar, es consecuencia de ello que cualquier tercero pueda acudir al pago por consignación...»<sup>65</sup>. Esta idea se puede expresar en términos probablemente más ajustados y generales si decimos que, en opinión de un amplio sector doctrinal, el que está legitimado para el cumplimiento está también legitimado para el procedimiento de liberación coactiva del deudor<sup>66</sup>.

Con ello, la justificación de la posibilidad de que el tercero consigne se remite a la justificación, lógicamente anterior, de la admisibilidad del pago del tercero. Es muy gráfica la expresión de Mucius Sacevola cuando dice: «es indudable que la consignación puede hacerse no sólo por el mismo deudor sino por un tercero, en todos aquellos casos en que a éste le es lícito sustituirse en el pago de la deuda. Este punto queda ya anteriormente explicado, y no necesitamos insistir en los razonamientos que le (*sic*) justifican»<sup>67</sup>. También se puede ver la opinión de Cano Mata cuando acude, para justificar la posibilidad de consignación realizada por tercero, al tradicional argumento de apoyo a la admisibilidad del pago del tercero, consistente en decir que el deudor se puede ver beneficiado por la intervención de ese tercero y *nunca* perjudicado<sup>68</sup>.

Si pasamos a examinar el articulado del Código Civil, encontramos que el artículo 1176, 1.º, primero de los dedicados a regular el ofrecimiento de pago y la consignación, parece querer limitar la consignación al propio deudor cuando dice que: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, *el deudor* quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida». Este tenor literal no ha sido obstáculo para el sector de nuestra doctrina que afirma que cualquier tercero puede consignar la prestación debida por otro.

Para ese sector doctrinal, la base legal que permite que consigne un tercero se encuentra en el artículo 1177, 2.º: «La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago». Dentro de esas normas reguladoras del pago se encuentra el artículo 1158, que permite el pago del tercero, con lo que queda probado que ese tercero, en los límites del artículo 1158, puede proceder a la consignación de lo debido, y con más motivo si consideramos que la consignación es un equivalente jurídico del pago<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Véase, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 285.

<sup>66</sup> Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 274.

<sup>67</sup> Véase, MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1009, donde estudia la consignación. En el texto citado se está refiriendo a la p. 968, donde estudia el pago del tercero. En la doctrina italiana, NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., pp. 115-116) y SCUTO (*La mora...*, cit., pp. 59 y 176, nota 14) emplean argumentos similares.

<sup>68</sup> Véase, CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, p. 760.

<sup>69</sup> Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 327; REINO CAAMAÑO, «De la consignación», *R. G. L. J.*, 1926, p. 316; EYRÉ VARELA, *R. J. C.*, 1946, p. 36; PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, 1985, p. 191; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 158; BERCOVITZ y

Además, esta conclusión se puede reforzar con una interpretación *a contrario* del artículo 1161, que también está dentro de las normas reguladoras del pago a que se remite el artículo 1177, 2.º, en los mismos términos en que vimos que se proponía para justificar la intervención de un tercero contra la voluntad del acreedor: si ese artículo dispone que en cierto tipo de obligaciones de hacer, el acreedor «no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero», entendiéndolo *a contrario*, llegaremos a que en las demás obligaciones el tercero sí podrá «compeler» al acreedor a recibir el cumplimiento<sup>70</sup>. Esa «compulsión» se obtendrá a través del procedimiento de consignación.

Para cerrar este apartado, sólo quedaría advertir que, dentro de este sector doctrinal que afirma que cualquier tercero puede consignar lo debido por otro y que hasta ahora hemos tratado como un bloque homogéneo, existen ciertas divergencias perfectamente comprensibles y que aluden a cuestiones de legitimación para realizar el pago que ya hemos tratado. Todos los autores de este sector parten expresa o tácitamente de que la legitimación para pagar implica la legitimación para consignar. Por ello, es lógico que se reproduzca aquí el debate que ya recogimos sobre los términos en que el tercero está legitimado para el pago; en concreto, la discusión de si el tercero puede proceder al pago incluso contra la voluntad concorde de acreedor y deudor<sup>71</sup>.

### 3.1.2 OPINIONES QUE NIEGAN QUE LOS TERCEROS ESTÉN LEGITIMADOS PARA CONSIGNAR

Veamos ahora las opiniones de otros autores españoles que niegan la posibilidad de que el tercero pueda consignar la cosa debida por otro. Evidentemente, estos autores no niegan que el tercero pueda pagar la deuda ajena, cuestión que queda clara en el artículo 1158. Estos autores

---

VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 292; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, Madrid, 1978, p. 89, nota 133; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 207; NÚÑEZ BOLUDA, «Notas para un estudio sobre la consignación», *R. G. L. J.*, 1982, p. 186; CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, p. 760, y, refiriéndose al ofrecimiento de pago, LÓPEZ ALARCÓN, «El pago por consignación y otras instituciones afines», *Pretor*, 1953-13.º, p. 15; SABATER BAYLE, «Contribución al estudio de la mora del acreedor», *A. C.*, 1989-II, p. 2005, nota 39; LINARES NOCI, «Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago», *R. D. P.*, 1991, p. 176; MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento de pago», *N. E. J. S.*, XVIII, 1986, p. 430, y CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 1988, p. 73.

<sup>70</sup> Así, en esta sede, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491, cuando estudia la consignación. También se puede ver la misma idea, cuando estudian la legitimación al pago, en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 241; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; BONDÍA ROMÁN «La subrogación...», *Estudios...*, II, cit., p. 992, y también MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 604.

<sup>71</sup> La disputa, en esta sede, se puede ver comparando BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 285 y nota 43, con BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 491, donde a los argumentos que ofrece este autor en p. 136, ya vistos, relativos a la injerencia indebida del tercero en los asuntos de acreedor y deudor, añade una alusión a «la propia especialidad del acto de ofrecimiento» como impedimento a la consignación del tercero contra la voluntad de acreedor y deudor.

lo que niegan, solamente, es la legitimación de un tercero cualquiera para consignar la prestación debida. Ninguno lo dice, pero lo que tratan es de romper, en Derecho español, la identificación mecánica entre legitimación para pagar y legitimación para consignar. Lo cierto es que tampoco resultan muy convincentes en ese empeño.

Nart es uno de los primeros autores que plantean en España la cuestión de la legitimación del tercero para realizar la consignación, y llegan a la conclusión de que tal legitimación no existe. Para este autor el artículo 1176, 1.º del Código —«... *el deudor* quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida»— debe ser interpretado en sentido literal, de forma que sólo el deudor pueda proceder a la consignación y no el tercero. El argumento que aduce consiste en decir que «sólo el pago hecho por el deudor es pago en el sentido de hecho extintivo de la obligación, que es el fin propio de la consignación»<sup>72</sup>. Añade este autor que «el pago hecho por un tercero (salvo que éste haga posteriormente una liberalidad al deudor) no es liberatorio, pues el pagador se subroga en la posición del acreedor (art. 1205) o en caso de haber pagado contra la voluntad del deudor siempre tendrá éste que reembolsarle lo que hubiera sido útil el pago. El artículo 1176 debe entenderse, pues, literalmente: *sólo el deudor podrá consignar, porque sólo él puede extinguir la obligación*»<sup>73</sup>.

Puig Brutau sigue esta opinión de Nart y, partiendo de que la consignación es un instrumento que tiene el deudor para liberarse, dice que «tendría ciertamente poco sentido permitir la consignación de un tercero, esto es, dejar que se desligue quien no está atado ni vinculado al cumplimiento de la obligación que pretende extinguir». Unas líneas más abajo, se puede leer que «la consignación tendría tal vez el sentido de una prestación a favor de tercero, o del deudor y del acreedor; pero sin duda no cabe disponer para tal fin de la colaboración judicial»<sup>74</sup>.

Pascual Estevill asume estas ideas y argumenta diciendo que sólo el pago del deudor es extintivo de la obligación y que el tercero no puede presionar al acreedor para que le libere de una obligación que previamente nunca contrajo. Añade la idea de que el recurso al artículo 1158 no aclara nada, porque mientras en él se atiende a la satisfacción del interés del acreedor, aquí se trata de liberación del deudor<sup>75</sup>.

Por su parte, Beltrán de Heredia, antes de optar por la postura de que los terceros puedan consignar, ofrece argumentos que se oponen a tal conclusión. En primer lugar, dice que el ofrecimiento previo a la consignación tiene carácter personal (del deudor), porque el procedimiento de liberación coactiva está concebido para satisfacer el interés del deudor en la relación obligatoria. En segundo lugar, dice que la consignación por tercero no es lo

<sup>72</sup> Véase NART, «Pago por consignación», *R. D. P.*, 1951, p. 213

<sup>73</sup> Véase NART, *R. D. P.*, 1951, pp. 213-214.

<sup>74</sup> Véase, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, 1-2.º, Barcelona, 1956, p. 292, nota 45.

<sup>75</sup> Véase, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383.

mismo que el pago del tercero «y no lo es porque se parte de la base de que el acreedor se ha negado a aceptar el pago (art. 1176, 1º) y, por tanto, sería igual a permitir desde fuera, externamente, la solución del problema interno planteado en la obligación, sin que uno de los intereses (el más importante cual es el del acreedor) se tenga en cuenta para nada, porque conviene no olvidar que con este procedimiento se libera al deudor, pero queda sin satisfacer el interés del acreedor, y no cabe duda de que extinguir la obligación sin contar con este interés, puede acarrearle graves perjuicios»<sup>76</sup>.

Los argumentos que se manejan no parecen claros ni completos. Por un lado, Nart incurre en el error de no considerar liberatorio un pago puro y simple –sin subrogación– realizado por tercero<sup>77</sup>. Por otro lado, si el argumento que se maneja para negar que pueda consignar un tercero es el de que sólo el pago del deudor es liberatorio ¿quiere eso decir que tampoco un fiador o el poseedor de la finca hipotecada –que se subrogan legalmente por el pago– van a poder realizar la consignación? Respecto a las opiniones de Puig Brutau, se podría oponer la idea de que la consignación realizada por tercero no pretende liberar al consignante, el cual evidentemente no tiene por qué estar vinculado: lo que el tercero pretende a través de la consignación es la liberación del deudor. Las ideas de que se hace eco Beltrán de Heredia tampoco son mucho más claras. De un lado, parece que el carácter *personal* que se predica del acto de ofrecimiento (previo a la consignación) conduciría a la improbable consecuencia de que un tercero cualquiera no pueda realizar una oferta de pago; por otro lado, no deja claro a quién puede «acarrearle graves perjuicios» el hecho de que el deudor se libere sin satisfacción correlativa del acreedor.

Con todo, conviene ya destacar el hecho de que Nart y Puig Brutau, sin negar que un tercero cualquiera pueda pagar la deuda ajena (legitimación para realizar el pago), afirman que el derecho a la liberación sólo incumbe al deudor (legitimación para la consignación). Ésta es una afirmación valiosa pero que, como veremos, requiere, por una parte, una explicación previa de las diferencias entre la mora del acreedor y la consignación que sólo va a ser posible a partir del B. G. B. y, de otra parte, una clara clasificación de la legitimación de los terceros, para intervenir en deuda ajena, realizada a partir de la idea de interés.

Hasta aquí hemos recogido los argumentos que se dan en nuestra doctrina a favor y en contra de la posibilidad de que un tercero cualquiera pueda poner en marcha el procedimiento de liberación coactiva del deudor. Así las cosas, la primera opinión –permitir que consignen los terceros– parece más fundada y clara que la segunda. Sin embargo, no nos podemos detener ahí y conviene profundizar en las doctrinas y textos legales extranjeros para saber qué se esconde de verdad bajo esta polémica. Un primer indicio de que, en efecto, hay algo poco claro en esta discusión es que autores como Lacruz incurren en patente contradicción y

<sup>76</sup> Véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490.

<sup>77</sup> En esto se equivoca igualmente PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 238.



otros, como Díez-Picazo, no acaban de pronunciarse <sup>78</sup>. En efecto, Lacruz, en la misma obra afirma, por un lado, que «si el acreedor se niega *sin razón*, puede el tercero consignar la prestación» y, por otro lado, que «es discutible si la consignación pueda hacerla un tercero, el cual no puede alegar su derecho a liberarse» <sup>79</sup>.

También puede ser indicio de que las cosas no están del todo claras el hecho de que, desde el sector que afirma que el tercero puede vencer por la consignación la resistencia injusta del acreedor a recibir el pago, De Diego Lora ofrezca argumentos favorables a limitar la posibilidad de la consignación por tercero a los casos en que se trate de terceros *interesados* en el cumplimiento. Desde el punto de vista del Derecho procesal, este autor se pregunta por la causa, en sentido técnico, del proceso de consignación y alude al derecho del deudor a liberarse y a que es imprescindible que el que pretende la liberación tenga un *interés* atendible <sup>80</sup>. Sin embargo, cuando este autor estudia los sujetos activamente legitimados para instar el procedimiento, dice que lo está cualquier tercero, si bien él mismo advierte que «parece, con esto, quedar contradicho lo que anteriormente dejamos sentado, pero esta contradicción desaparece si no olvidamos que el proceso de consignación no es más que un equivalente jurídico del pago» <sup>81</sup>.

### 3.2 LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO ALEMÁN

En el B. G. B. también se admite el pago por tercero como regla general y salvo los casos de prestación personalísima del deudor (par. 267). Sin embargo, según la doctrina dominante, sólo puede consignar el tercero que, conforme al parágrafo 268, tenga *derecho de satisfacción* <sup>82</sup>. Esta solución escapa totalmente a la lógica del sistema francés tradicional en el que, desde Pothier, se defiende la consignación por un tercero cualquiera <sup>83</sup>.

Si sólo los terceros con un interés en la obligación especialmente cualificado pueden consignar ¿cómo se las ingenia el sistema alemán para que no desaparezca la posibilidad real de que un tercero cualquiera intervenga en deuda ajena sin contar con la voluntad favorable del acreedor? La respuesta es sencilla: a través de la figura de la mora del acreedor. En el sistema alemán, lo que puede hacer cualquier tercero no es consignar, sino poner en mora al acreedor. La sanción en que incurre el acreedor que incumple la *carga* de cooperar con el tercero que le ofrece la satisfacción integral de su derecho no es, como en el sistema de Pothier, la posibilidad

<sup>78</sup> Véase DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 485 y 535. Tampoco BADOSA COLL (*Dret...*, cit., p. 274) acaba de definir su postura.

<sup>79</sup> Véanse, respectivamente, la p. 145 y la p. 190 de LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit.

<sup>80</sup> Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 56.

<sup>81</sup> Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65.

<sup>82</sup> Véase, ENNECCERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 119 y 324, nota 6; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 256, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 138.

<sup>83</sup> Véase, POTHIER, *Traité...*, cit., p. 273, núm. 500 y p. 306, núm. 574.

de consignación; la sanción es, simplemente, el incurrir en *mora accipiendi*. Por ello, en el sistema alemán se rompe el binomio *legitimación para pagar-legitimación para consignar* y se sustituye por el de *legitimación para el pago-legitimación para poner en mora al acreedor*.

En el B. G. B. se contiene una regulación detallada de la mora del acreedor, cosa que falta en el Código de Napoleón y en los que, como el nuestro, le siguen en este punto. En la obra de Pothier y en los Códigos de influencia francesa de la primera etapa de la codificación no existe la mora del acreedor, mientras que sí está presente, tras los pasos del B. G. B., pero con diferencias que veremos, en los Códigos actuales de Italia y Portugal<sup>84</sup>.

Ciertamente, la idea de *mora accipiendi* no es completamente extraña ni a la obra de Pothier, ni a los primeros Códigos de influencia francesa<sup>85</sup>. Sin embargo, como dice Cattaneo, la existencia de una verdadera mora del acreedor en sentido técnico, supone, por un lado que la obligación permanece en vida (el deudor sigue estando obligado) y, por otro, la introducción en el régimen jurídico de esa obligación de ciertos efectos (atribución de riesgo, paralización del devengo de intereses, indemnización de gastos, etc.) que vienen a modificar la posición del acreedor bajo la idea de exonerar al deudor de cualquier agravamiento de su responsabilidad que pudiera derivarse del retraso en el cumplimiento por causas imputables al acreedor<sup>86</sup>.

Los efectos de la mora del acreedor se pueden resumir, a nuestros efectos, y para simplificar la exposición, en la siguiente fórmula: atribución al acreedor del riesgo por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor y paralización del devengo de intereses<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Así, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 50 y ss. y 245.

<sup>85</sup> Así, en el núm. 283 del *Tratado de las obligaciones*, II, Barcelona, 1878, hablando de obligaciones genéricas, Pothier se cuida de advertir que el riesgo de pérdida de la cosa ofrecida por el deudor y rechazada por el acreedor lo soporta este último. Se puede ver ese núm. 283, *in fine*, en la p. 238 del *Tratado...*, cit. Por su parte, Domat, cuando estudia la compraventa sí se preocupa de cuestiones de riesgo e indemnizaciones desde el punto de vista de la mora del acreedor. Véase, DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, I, 2.ª ed., Barcelona, 1844, pp. 151 y ss. (Libro I, Título II, secciones II y III).

Según CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 6-7, y SCUTO, *La mora...*, cit., p. 9, el hecho de que el Código de Napoleón obviara una regulación sistemática de la mora del acreedor, figura conocida en el Derecho Común, se debe al influjo de la obra de Pothier. En efecto, se pueden ver los números 572 y ss. del *Traité...*, cit., pp. 305 y ss. (en la versión traducida, *Tratado...*, II, cit., pp. 236 y ss.). Es la misma visión que se trasluce ya en la obra de DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1844, p. 261 (Libro IV, Título I, sección II, núm. 8).

En el Código argentino tampoco hay una regulación sobre la mora; sin embargo, Vélez Sarsfield, en la nota de comentario al artículo 509, relativo a la mora del deudor, sí señala la posibilidad de que el acreedor incurra en mora, haciéndose eco de ideas de Maynz, al que cita. Para el *Codice* anterior, por todos, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 9; para nuestro Código, por todos, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 367.

<sup>86</sup> Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 7, entre otras. La misma idea en nuestra doctrina, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 249.

<sup>87</sup> Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 393. Parece útil transcribir los preceptos fundamentales en que el B. G. B. regula los efectos de la mora del acreedor (en la versión de Melón Infante): *par. 300.I* «Durante la mora del acreedor el deudor sólo ha de responder del dolo y de la culpa grave»; *par. 301* «Por una deuda dineraria que produce

En el sistema alemán, pues, la consecuencia jurídica de que el acreedor se resista sin motivo a recibir la prestación que le ofrece un tercero cualquiera es la *mora accipiendi*, que supone la producción de ciertos efectos que vienen a modificar el régimen de la obligación en perjuicio del acreedor y para que el deudor no sufra las consecuencias de un retraso en el cumplimiento no imputable a él mismo<sup>88</sup>. Los terceros con un interés especialmente cualificado –los que tienen *derecho de satisfacción*– pueden también hacer que el acreedor incurra en mora y, además, pueden proceder a la consignación. La consignación queda, de esta manera, limitada al mismo deudor (y a su representante) y a una cier-

---

interés, el deudor no ha de satisfacer intereses durante la mora del acreedor»; *par. 302* «Si el deudor ha de entregar o indemnizar los provechos de un objeto, se limita su obligación durante la mora del acreedor a los provechos que perciba»; *par. 303* «Si el deudor está obligado a la entrega de una finca, puede abandonar la posesión después de la producción de la mora del acreedor. El abandono debe ser antes conminado al acreedor, a no ser que la conminación sea irrealizable»; *par. 304* «En el caso de mora del acreedor, el deudor puede exigir indemnización por los mayores gastos que tuviese que hacer para el ofrecimiento sin resultado, así como para la conservación y mantenimiento de la cosa debida». Sobre estos preceptos se puede ver ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 297 y ss.; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., pp. 383 y ss., y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 189.

El precepto básico para determinar los efectos de la mora del acreedor en el actual Código italiano es el artículo 1207, cuyos dos primeros párrafos son del siguiente tenor literal: «**Effetti.**— Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore.

Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta». Sobre este precepto, entre otros, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 396; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 201 y ss.; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 78; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 71; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., pp. 99 y ss.; RAVAZZONI, «Mora del creditore», *Noviss. Dig. It.*, X, 1957, p. 903; GIACOBBE, «Mora del creditore» (diritto civile), *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, pp. 969 y ss.; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 102 y ss.; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, pp. 137 y ss., y FALZEA, *L'offerta...*, cit., pp. 268 y ss.

En el Código portugués vigente los efectos básicos de la mora del acreedor están recogidos en los siguientes preceptos: art. 814 «**Responsabilidade do devedor.**—1. A partir da mora, o devedor apenas responde, quanto ao objecto da prestação, pelo seu dolo; relativamente aos proventos da coisa, só responde pelos que hajam sido percebidos. 2. Durante a mora, a dívida deixa de vencer juros, quer legais, quer convencionais»; art. 815 «**Risco.**— 1. A mora faz recair sobre o credor o risco da impossibilidade superveniente da prestação, que resulte de facto nao imputável a dolo do devedor. 2. Sendo o contrato bilateral, o credor que, estando em mora, perca total o parcialmente o seu crédito por impossibilidade superveniente da prestação nao fica exonerado da contraprestação; mas se o devedor tiver algum benefício com a extinção da sua obrigação, deve o valor do benefício ser descontado na contraprestação»; art. 816 «**Indemnização.**— O credor em mora indemnizará o devedor das maiores despesas que este seja obrigado a fazer com o ofrecimento infrutífero da prestação e a guarda e conservação do respectivo objecto». Sobre estos preceptos, ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 781; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 161; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., pp. 306 y ss.; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., pp. 88 y ss.; ABÍLIO NETO, *Código...*, pp. 592-593.

<sup>88</sup> Sobre la posibilidad de que un tercero cualquiera ponga en mora al acreedor, véase ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., pp. 119 y 292; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 255; HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 188.

ta categoría especial de terceros<sup>89</sup>. En Derecho alemán, pues, la legitimación para efectuar el pago es requisito *necesario pero no suficiente* para consignar.

### 3.3 LA MORA DEL ACREEDOR, LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR Y LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA CONSIGNAR

El hecho de admitir la mora del acreedor en sentido propio marca algunas diferencias fundamentales entre el sistema alemán y el sistema tradicional francés, que tienen su reflejo en la protección a que el deudor puede aspirar en cada uno de esos dos sistemas frente a retrasos en el cumplimiento que no le sean imputables. Asimismo, la existencia de la verdadera *mora creditoris* determina, en mi opinión, la respuesta a la pregunta de si cualquier tercero puede consignar la prestación debida por otro.

En el sistema del *Code*, al no existir una normativa sobre la mora del acreedor, el deudor –y el tercero tras él– sólo cuenta con el mecanismo de la oferta real y consignación para protegerse de los retrasos imputables al acreedor<sup>90</sup>. La oferta por sí misma, ni produce la liberación del deudor, ni tampoco tiene los efectos plenos de una auténtica mora del acreedor: los intereses se siguen devengando hasta el día del depósito de la cosa debida y los riesgos de imposibilidad sobrevinida de la prestación siguen pesando sobre el deudor hasta el efectivo depósito<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Ya hemos citado a ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 324, nota 6; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 256, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 138.

<sup>90</sup> Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 6-7. También CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 50.

<sup>91</sup> En efecto, el artículo 1257, 2.º, del Código de Napoleón se contiene un último inciso que es del siguiente tenor literal: «...et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier». Además, el artículo 1259, 2.º, exigía como requisito de validez de la consignación «Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt». El *Code* está recogiendo en estos textos ideas de POTHIER, *Traité...*, cit., p. 307, núm. 580. Sobre los preceptos transcritos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., pp. 100 y ss.; TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 275; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., pp. 590-591; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., pp. 710 y ss.; LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 226 y ss.; BAUDRY-LACANTINIERE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 734 y ss.

En la misma línea del Código francés, el artículo 1109 del Proyecto de García Goyena es del siguiente tenor literal: «El ofrecimiento seguido de la consignación pone la cosa a riesgo del acreedor y surte los demás efectos de verdadero pago». El artículo 761 del Código portugués de 1867, en versión de Alberto AGUILERA (*Código Civil portugués, comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*, Madrid, 1879, p. 112), dice: «Si el depósito no fuese impugnado, la cosa será de riesgo del acreedor y se considerará extinguida la obligación desde la fecha del mismo depósito; pero si hubiese impugnación, aquellos efectos no principiarán sino desde la fecha de la sentencia firme que apruebe el depósito». Sobre este precepto, entendiéndolo de forma similar a las ideas de los comentaristas franceses antes citados, DIAS FERREIRA, *Código...*, II, cit., p. 86. En el Código argentino se puede ver el primer inciso del artículo 759, que dice: «La consignación hecha por depósito judicial, que no fuese impugnada por el acreedor, surte todos los efectos del verdadero pago». Sobre la cuestión, DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 59, y BORDA, *Tratado...*, I, cit., pp. 89-91.

En el sistema francés, ciertamente, la oferta no seguida de consignación produce determinados efectos, como el de evitar que el deudor incurra en *mora solvendi* y el de evitar que el acreedor le pueda dar trato de incumplidor<sup>92</sup>; por ejemplo, la oferta no seguida de depósito evita una resolución del contrato por incumplimiento a instancias del acreedor. Pero esos no son los efectos de una verdadera mora del acreedor<sup>93</sup>.

En cambio, en un sistema como el alemán, o en el actual Código italiano que sigue sus pasos, con una detallada regulación de la mora del acreedor, es posible distinguir dos momentos en la tutela del deudor ante retrasos en el cumplimiento imputables al acreedor, que se corresponden con dos intereses distintos del deudor que, así, pueden recibir tutela de forma autónoma: por un lado, el interés del deudor en no ver agravada su situación por imposibilidades temporales de cumplimiento imputables al acreedor; ese interés se tutela, por sí solo, a través de la constitución del acreedor en mora, con las modificaciones del régimen de la obligación que comporta. Por otro lado, el interés del deudor en verse definitivamente libre de la obligación, interés que se protege a través del depósito liberatorio de lo debido<sup>94</sup>.

Lo que en Francia se concibe como un único efecto –liberación–, en el sistema alemán se divide en dos: el deudor puede poner al acreedor en mora y, si juzga que eso no basta para tutelar su interés, es decir, si se quiere ver definitivamente libre del vínculo obligatorio, *puede liberarse* a través de la consignación<sup>95</sup>. En cambio, en el sistema de Pothier, si el deudor quiere evitar que se sigan devengando intereses o si quiere dejar de soportar el riesgo de pérdida de la cosa debida, no tendrá más remedio que proceder a la consignación. La consignación produce la liberación igual que si de un pago se tratase (art. 1257, 2.º *Code*) y esa liberación plena implica –no podía ser de otra manera– dejar de soportar los riesgos y dejar de deber intereses<sup>96</sup>. Esta forma de funcionar fue criticada aguda-

<sup>92</sup> Sobre esos efectos de la oferta por sí misma, véase, por todos, LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 217 y ss. Para el *Codice* de 1865, por todos, GIORGI, *Teoria...*, VII, cit., pp. 321-322. En el Código italiano de 1942 se requiere una oferta solemne para constituir al acreedor en mora, pero basta una simple oferta no solemne (art. 1220) para que se produzcan esos efectos más limitados a que aludimos respecto del *Code*. Estos efectos más limitados también fueron acogidos en la primera línea jurisprudencial de nuestro TS, como se explica un poco más adelante.

<sup>93</sup> Se puede ver una buena recensión de las opiniones de la doctrina francesa sobre la relevancia de la *mora creditoris* en CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., pp. 93-98. Lo mismo, para la doctrina italiana surgida bajo el Código de 1865, la cual sí fue claramente evolucionando hacia posturas favorables a la admisión del instituto, en CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 9-12. Bajo el *Codice* anterior, pero manejando ideas muy claras sobre la *mora accipiendi*, se puede ver SCUTO, *La mora...*, cit.

<sup>94</sup> Véase, por todos, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 189.

<sup>95</sup> Véase, ENNECERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 297; LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 387; HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 189, donde se coloca la *facultad* de consignar como uno de los efectos de la mora.

<sup>96</sup> En este sentido, es gráfica la expresión del artículo 1109 del Proyecto español de 1851 cuando dice que la oferta y consignación «pone la cosa á riesgo del acreedor, y surte los demás efectos de verdadero pago».

mente por Scuto, el cual se quejaba amargamente de esa identificación entre mora y consignación presente en el *Codice* de 1865; este autor decía que lo propio de la *mora creditoris* era el producir ciertos efectos, pero manteniendo la obligación en vida<sup>97</sup>.

Así las cosas, es perfectamente comprensible que Pothier no albergara duda alguna sobre la posibilidad de que un tercero consigne. Por un lado, se necesita alguna consecuencia jurídica para integrar la norma de que el tercero puede pagar la deuda ajena sin contar con la voluntad del acreedor, y en el sistema francés la única disponible, en ausencia de una regulación detallada de la *mora accipiendi*, era la liberación coactiva del deudor<sup>98</sup>. Por otro lado, y por la misma razón de estar faltos de regulación sobre la mora del acreedor, la justificación del pago del tercero que se suele dar, alcanza para justificar también la consignación realizada por cualquier tercero. En efecto, se suele decir que el pago del tercero puede ser beneficioso para el deudor y en ningún caso puede ser perjudicial, pues los efectos de ese pago entre deudor y tercero son diseñados por la ley con respeto a esta idea. Por ello, se permite la intromisión del tercero en la deuda ajena no autorizada por el deudor. Desde este punto de vista, la consignación del tercero también va a ser *siempre* favorable para el deudor, pues tiene los mismos efectos liberatorios que el pago: detiene el devengo de intereses, traslada el riesgo de la prestación al acreedor y extingue el vínculo.

Desde el momento en que, por obra de la doctrina alemana y del B. G. B., se pueden escindir esos efectos, el planteamiento cambia. La auténtica mora del acreedor supone ya la detención del devengo de intereses y la transmisión de los riesgos; la liberación es un efecto ulterior y autónomo. Está claro que los efectos que tiene la mora del acreedor sobre la obligación son, *necesariamente*, favorables al deudor y que, en esa medida, se puede ponerlos a disposición de cualquier tercero sin que con ello estemos permitiéndole tomar decisiones que incumben al deudor (la ley diseña los efectos de la *mora creditoris* precisamente para que el deudor no vea empeorada su propia posición en la obligación por causa de retrasos que no le sean imputables). Pero el efecto *ulterior y facultativo* de la liberación ¿es siempre favorable para el deudor? Permitir a cualquier tercero –incluso no interesado en la obligación– que lo obtenga ¿no es un paso más que supone una injerencia indebida en la esfera del deudor y que para ser justificable requeriría algún requisito adicional en el legitimado para obtenerlo? Es razonable pensar que sí, pero veamos, sin

---

<sup>97</sup> Véase, SCUTO, *La mora...*, cit., p. 10.

<sup>98</sup> Bajo el Código italiano de 1865, que como sabemos sigue fielmente al francés en este punto, Nicolò argumenta para defender que el tercero pueda consignar, diciendo justamente que es necesario dar eficacia a la *carga* que pesa sobre el acreedor de cooperar con el tercero que le ofrece un cumplimiento integral de su derecho. Véase, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 117-118, y SCUTO, *La mora...*, cit., p. 59. La misma idea, bajo el *Codice* vigente, en D'ONOFRIO, «Offerta reale», *Noviss. Dig. It.*, XI, 1957, p. 767.

embargo, qué ha ocurrido en el Código italiano de 1942 y el Código portugués de 1967.

### 3.4 LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO PARA CONSIGNAR EN LOS ACTUALES CÓDIGOS ITALIANO Y PORTUGUÉS

#### 3.4.1 LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO ITALIANO ACTUAL

En los artículos 1206 a 1217, el *Codice* asume los avances técnicos introducidos por la doctrina alemana en el B. G. B., de forma que la protección del deudor ante los retrasos en el cumplimiento imputables al acreedor se va a articular a través de dos momentos –mora del acreedor y depósito liberatorio– no necesariamente unidos: cabe la mora del acreedor, con sus peculiares efectos básicos relativos a riesgos e intereses, sin que necesariamente haya que consignar lo debido<sup>99</sup>.

Así, la pregunta de si cualquier tercero puede poner en marcha el procedimiento de liberación coactiva del deudor que nos planteábamos, dentro de los esquemas de tradición francesa de nuestro Código, es necesario plantearla distinguiendo esos dos momentos diferentes en los que está en juego el interés del deudor; lo que, en el sistema italiano actual hay que preguntarse es, de un lado, si cualquier tercero puede poner al acreedor en *mora accipiendi* y, de otro lado, si cualquier tercero puede realizar el depósito liberatorio. La base legal para obtener respuesta a estos dos interrogantes se encuentra en los artículos 1208, 2.º y 1210.

Según ese artículo 1208: «*Requisiti per la validità dell'offerta.*—Affinché l'offerta sia valida è necessario: ... 2.º che sia fatta da persona che può validamente adempiere». Este precepto es la base sobre la que se afirma que el tercero, cualquier tercero, puede proceder a la oferta solemne y obtener, con ella, la constitución en mora del acreedor, en los límites en que es admisible el pago del tercero según el artículo 1180<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> Sobre esa distinción entre mora del acreedor y consignación, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., ya en p. 2, NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, pp. 32 y ss.; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 103; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 95; VISINTINI, «Mora del creditore», en *Trattato di diritto privato*, 9.º, 1.º, Turín, 1991, p. 148; GIACOBBE, «Mora...», *Enc. Dir.*, XXVI, cit., p. 968; RAVAZZONI, «Mora...», *Noviss. Dig. It.*, X, cit., p. 903; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., pp. 767 y 770; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 188-189; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., pp. 77-78; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 395. A la regulación contenida en los preceptos antedichos hay que unir el artículo 1220, en el que se regula una oferta no formal del deudor que produce unos efectos más débiles que la oferta solemne regulada en los artículos 1206 a 1217. En concreto, la oferta no formal, sin alterar el régimen de la obligación en lo relativo a riesgos e intereses, va a suponer la exclusión de la *mora solvendi* para el deudor y también la exclusión del resto de las consecuencias (resolución por incumplimiento, ejecución forzosa, etc.) que, en otro caso, podrían derivarse de la omisión por el deudor de la conducta debida. Así las cosas, BIANCA (*Diritto...*, IV, cit., p. 382) ha llegado a decir que son tres los institutos a través de los cuales el Ordenamiento italiano tutela el interés del deudor en no sufrir perjuicios por el retraso imputable al acreedor: oferta no formal, oferta formal y liberación coactiva.

<sup>100</sup> Véase, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 188; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 230; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 106; BIANCA,

Por otro lado, el artículo 1210 del *Codice* vigente dice: «*Facoltà di deposito e suoi effetti liberatori.*—Se il creditore rifiuta di accettare l'offerta reale o non si presenta per ricevere le cose offertegli mediante intenzione, il debitore può eseguire il deposito». De ahí los autores deducen que el tercero, también en los límites en que es admisible el pago del tercero, y previa la oferta formal, puede obtener la liberación definitiva del deudor<sup>101</sup>.

Así, encontramos que el *Codice* es muy claro, en su artículo 1208, 2.º, respecto de la posibilidad de que cualquier tercero pueda poner al acreedor en mora, dentro de los márgenes en que ese tercero está legitimado para el pago. Sin embargo, el precepto sobre el que la doctrina afirma que puede consignar un tercero cualquiera, no es tan claro y, literalmente, se refiere sólo al deudor como activamente legitimado. Los argumentos que se manejan en la doctrina para dar el paso adelante que supone decir que cualquier tercero puede también proceder al depósito liberatorio parece que nos vuelven a colocar en la vieja tradición francesa de la obra de Pothier de identificación mecánica entre legitimación para pagar y legitimación para consignar. Eso sí, para esta última se pone un peldaño más, a raíz de la existencia de una auténtica mora del acreedor. En esta línea, Cattaneo viene a decir que el que está legitimado para el pago está legitimado para realizar la oferta formal y quien está legitimado para realizar esa oferta, está también legitimado para la consignación<sup>102</sup>.

En la doctrina italiana no he encontrado quién dé argumentos adicionales para justificar que cualquier tercero pueda consignar; los autores, más bien parecen moverse en los esquemas tradicionales de la doctrina de Pothier, en la cual esa legitimación del tercero para realizar el depósito liberatorio va de suyo y no necesita ser justificada<sup>103</sup>. Estas ideas ya

---

*Diritto...*, IV cit., pp. 274, 384 y 401, nota 37; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., pp. 142-143; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 99 y 144-145; GIACOBBE, «Offerta reale» (dir. civ.), *Enc. Dir.*, XXIX, 1979, p. 788; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., p. 768. Sobre la posibilidad de que el tercero realice una oferta no formal, BIANCA, «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 224.

<sup>101</sup> Véase, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 411; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 149; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 170; CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 185; FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 347; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., pp. 188 y 190; GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 798; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., p. 770, nota 12. Se discute en la doctrina italiana, particularmente, si puede proceder a la liberación coactiva del deudor el delegado de pago (art. 1269 del *Codice*). Normalmente se dice que sí está legitimado a ello, como cualquier otro tercero, pero que no está obligado a recurrir al procedimiento en el caso de que el acreedor se resista a aceptar el pago ofrecido. Así, BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 401, nota 37, y NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 78-80. En contra, MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., p. 207. Por su parte, GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., p. 788, se limita a mostrar su escepticismo.

<sup>102</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 144 y 185. También FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 347; GIACOBBE, «Offerta...», *Enc. Dir.*, XXIX, cit., pp. 788 y 798; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 170.

<sup>103</sup> En este sentido, es significativo que Cattaneo, entre otros, se apoye en que el artículo 1180 es muy claro cuando dice que el tercero puede cumplir incluso contra la



fueron expuestas por Scuto durante la vigencia del *Codice* de 1865, diciendo que el depósito liberatorio hace las veces de pago y que, por ello, son de aplicación los principios reguladores del pago. Así, el tercero podrá consignar y eso se justifica por las mismas consideraciones que apoyan la admisibilidad de que el tercero pueda realizar el ofrecimiento de pago <sup>104</sup>. Parece, pues, que tanto en el *Codice* anterior como en el actual, nos seguimos moviendo en las ideas tradicionales de Pothier.

Para acabar este apartado, parece útil recoger algunas observaciones sobre la posición que ocupan los terceros en el Código italiano vigente, desde el punto de vista de la oferta de cumplimiento y de la consignación. Esa posición se podría resumir en torno a los siguientes puntos:

a) El tercero, en los límites en que está legitimado para el pago por el artículo 1180, está legitimado para poner en mora al acreedor a través de la oferta formal prevista en el *Codice* <sup>105</sup>. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta lo dicho al comentar el precitado artículo, el acreedor podrá legítimamente rechazar la oferta que le dirige el tercero cuando tenga interés en que cumpla el deudor personalmente (art. 1180, 1.º, que sabemos que es, al menos parcialmente, una formulación actualizada de la tradición que se esconde en nuestro artículo 1161) y cuando el deudor haya manifestado al acreedor su oposición al pago del tercero (art. 1180, 2.º) <sup>106</sup>.

b) También dentro de los límites del artículo 1180 del *Codice*, el tercero podrá realizar el depósito con efectos plenamente liberatorios para el deudor. Cattaneo se preocupa de aclarar que si, realizada la oferta formal por el tercero, el deudor se opone a que ese tercero consigne lo debido, estará privando de eficacia al procedimiento liberatorio iniciado, si bien el deudor deberá manifestar su oposición antes de ser liberado, es decir, antes de que el acreedor haya aceptado la consignación o exista

---

voluntad del acreedor, y que, por ello, tiene que haber algún medio para forzar al acreedor a recibir el pago cuando se resista ilegítimamente a recibirlo. El artículo 1180 comienza diciendo: «L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore...». Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 144. La misma idea en FALZEA, *L'offerta...*, cit., p. 230, NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 190, y BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 274. Es el mismo argumento que vimos que manejaba NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., pp. 117-118), salvo que este autor se refería al Código de 1865, donde no existía una disciplina coherente y unitaria sobre la *mora accipiendi*. Es más, según NATOLI (en la obra y el lugar citados más arriba), si el tercero no pudiera consignar el artículo 1180 perdería todo su significado y el acreedor podría rechazar la prestación que le ofrece el tercero «sin consecuencias». Parece que este autor, pues, olvida la «consecuencia» de incurrir en mora.

<sup>104</sup> Véase, SCUTO, *La mora...*, cit.

<sup>105</sup> El artículo 1180 es del siguiente tenor literal: «Adempimento del terzo. -L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione.

Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

<sup>106</sup> Véase, CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 100, y NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77. Las mismas ideas, para el Código portugués vigente, en PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130.

resolución judicial declarándola bien hecha <sup>107</sup>. Para ello, este autor se basa en el artículo 1180, 2.º. La idea parece ser la de que si el deudor se opone, el tercero no está ya legitimado para el pago, habida cuenta de que el hecho de que ese tercero esté queriendo recurrir al procedimiento de liberación coactiva implica de por sí la voluntad contraria del acreedor.

c) Según Cattaneo, la oposición del deudor, tanto a la oferta real como a la consignación por parte del tercero, no les resta eficacia cuando se trata de tercero adquirente de finca hipotecada <sup>108</sup>. Este autor no entra en la problemática, más amplia y ya examinada, sobre la legitimación al pago de los demás terceros interesados.

d) Según este mismo autor, cuando el tercero pone en mora al acreedor y se producen los efectos de la misma, es evidente que lo hacen en beneficio del deudor; es decir, sólo el deudor podrá pedir, al amparo del artículo 1207, el reembolso de los gastos y el resarcimiento de los daños. Por su parte, el tercero sí tendrá derecho a ser reembolsado por el deudor, en su caso, de los gastos en que haya incurrido por la oferta formal y el depósito liberatorio <sup>109</sup>. Cattaneo no lo dice, pero parece evidente la solución que él propugna desde el momento en que si el tercero pretendiese el reembolso de esas partidas directamente del acreedor, estaría ejercitando un derecho ajeno –del deudor– sin estar autorizado por su titular.

e) El tercero necesita ser plenamente capaz para realizar la oferta y el depósito liberatorio <sup>110</sup>.

f) El tercero podrá, en los mismos términos que el deudor cuando sea éste el que haya consignado la prestación, retirar el depósito hasta el momento en que sea ya irrevocable (básicamente, aceptación por el acreedor o resolución judicial *ad hoc*) <sup>111</sup>.

### 3.4.2 LA SITUACIÓN EN EL CÓDIGO PORTUGUÉS ACTUAL

En el Código portugués de 1966 también hay una normativa detallada sobre la mora del acreedor en los artículos 813 a 816 y, además, claramente diferenciada de la normativa sobre la consignación, contenida en los artículos 841 a 846. Por ello, la distinción entre la verdadera *mora creditoris*, con sus peculiares efectos de modificación del régimen de la obligación, y la consignación en depósito, con el efecto –ulterior y *facultativo* para el deudor– de la liberación del vínculo, está nítidamente establecida en el articulado del Código y en la doctrina <sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 185-186.

<sup>108</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 100. Se basa en el artículo 2858 del *Codice*.

<sup>109</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 144, nota 2. En nuestra doctrina, la misma idea en CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 199.

<sup>110</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 145-146 y 186; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., p. 77.

<sup>111</sup> Véase CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 233.

<sup>112</sup> Véase GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 307; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 188; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130; ALMEIDA

También cuando nos planteamos, a la manera de los sistemas que sí distinguen entre *mora creditoris* y consignación, la doble pregunta de si cualquier tercero puede constituir en mora al acreedor y si cualquier tercero puede proceder a realizar el depósito liberatorio, encontramos una respuesta mucho más clara. En efecto, la cuestión está ya paladinamente clara en los textos legales. Así, el artículo 768, 1.º dice: «Quando a prestação puder ser efectuada por terceiro, o credor que a recuse incorre em mora perante o devedor». Por su parte, el artículo 842 se expresa en los siguientes términos: «A consignação em depósito pode ser efectuada a requerimento de terceiro a quem seja lícito efectuar a prestação».

El artículo 768, 1.º, por tanto, afirma expresamente que, dentro de los límites en que es admisible el pago de la deuda ajena, el ofrecimiento realizado por un tercero pone en mora al acreedor<sup>113</sup>. Por ello, como ya vimos, el párrafo segundo de ese artículo 768 excluye la mora del acreedor cuando el deudor también se oponga al pago ofrecido por tercero, siempre que no se trate de terceros interesados; los terceros interesados cuentan con una legitimación más fuerte y capaz de vencer la resistencia conjunta de acreedor y deudor.

Por su parte, el artículo 842 tampoco ofrece mayores problemas: el tercero, en los límites en que puede pagar, puede poner al acreedor en mora y, por ello, puede consignar<sup>114</sup>. Es una conclusión que se puede reforzar leyendo el artículo 814, 1.º, b), que dice que el deudor puede consignar cuando el acreedor esté en mora.

Tenemos, por tanto, que en el Código portugués, a pesar de contar con una correcta regulación de la *mora accipiendi* y con una no menos adecuada regulación de la legitimación para pagar –incluida la especial previsión del caso de los terceros interesados–, se afirma con toda contundencia la legitimación de cualquier tercero para realizar el depósito liberatorio. Se sigue, pese a todo, la tradición francesa. En este sentido, es significativo que los autores apenas entren en la cuestión, decidida con claridad por el Código, de la legitimación a la consignación de cualquier tercero y que, en algunos casos, se limiten a remitirse a las explicaciones que ofrecen sobre la legitimación de los terceros para efectuar el pago<sup>115</sup>.

---

COSTA, *Direito...*, cit., pp. 780 y 795. El artículo 814, 2.º afirma con toda claridad que: «A consignação em depósito é facultativa».

<sup>113</sup> Véase ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 28; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 349; GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 220; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 539; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 14.

<sup>114</sup> Véase ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 615; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 189; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 131; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 795.

<sup>115</sup> Véase, ABÍLIO NETO, *Código...*, cit., p. 616, y ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 795.

### 3.5 NUESTRA POSICIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

Si, después de estudiar los textos legales y doctrinas extranjeros, volvemos los ojos a la situación en el Derecho español y planteamos de nuevo la cuestión de la legitimación de los terceros para el ofrecimiento de pago y consignación, nos encontramos con una situación oscura y llena de dificultades que parecen derivar de dos tipos de problemas. Por un lado, como ya vimos, no existe una regulación clara sobre la legitimación para pagar de los terceros (pago contra la voluntad de acreedor y deudor, legitimación reforzada de los terceros interesados...); por otro lado, nuestro Código no regula sistemáticamente la mora del acreedor<sup>116</sup>.

Lo que sí podemos dar por seguro, una vez que admitimos que en nuestro Ordenamiento (que no en nuestro Código) existe una auténtica mora del acreedor, es que la pregunta sobre la legitimación de los terceros se desdobra<sup>117</sup>: hay que saber, por un lado, si cualquier tercero puede ofrecer el pago y colocar en mora al acreedor que lo rechace sin razón; por otro lado, hay que saber si cualquier tercero, una vez que el acreedor está en mora, puede proceder a consignar la prestación debida por el deudor<sup>118</sup>.

Para resolver estas cuestiones, hay un sector en nuestra doctrina que no nos sirve de ayuda, porque su opinión está predeterminada por el hecho de que no distingue entre *mora accipiendi* y consignación<sup>119</sup>. Por

---

<sup>116</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER («Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 325) han llegado a decir, en relación a la mora del acreedor, que «los problemas más elementales carecen de respuesta en los textos legales». (Las mismas palabras en CANO MATA, A. D. C., 1969, p. 755).

Los efectos de la verdadera *mora accipiendi* en nuestro Derecho son obra de la doctrina y la jurisprudencia. Como simple recordatorio, podemos recoger las explicaciones de Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, II, p. 602) sobre este punto: 1.º La mora del acreedor compensa y excluye la mora del deudor; 2.º Se transmite el riesgo de pérdida de la cosa o de imposibilidad sobrevenida al acreedor; 3.º El deudor está legitimado para consignar y se limita la responsabilidad del deudor por custodia; 4.º El deudor puede instar la resolución del contrato sinalagmático. A estos efectos cabría añadir los de paralización del devengo de intereses y, más discutido, el deber del acreedor de indemnizar al deudor los daños causados por el retraso.

<sup>117</sup> Así, por todos, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 40 (para la legitimación del tercero para hacer el ofrecimiento) y p. 65 (para la legitimación del tercero para consignar).

<sup>118</sup> Sobre la construcción de la mora del acreedor en nuestro Ordenamiento se puede ver el amplio estudio sobre el tema que realiza CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., o CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit. Entre los manuales modernos, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 599-602; ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.º, cit., pp. 149-153, y, con menor claridad, LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 189-191. También se puede ver MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento...», *N. E. J. S.*, XVIII, cit., p. 431; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., pp. 299-300; SABATER BAYLE, A. C., 1989-II, p. 2025; DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 44; EYRÉ VARELA, R. J. C., 1946, p. 26.

<sup>119</sup> Se puede ver esa no distinción entre ofrecimiento de pago —que produce los efectos propios de la *mora creditoris*— y consignación —que produce la liberación del vínculo— en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 482-483; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La mora*, cit., p. 87; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 159; NÚÑEZ BOLUDA, R. G. L. J., 1982, p. 192; CANO MATA, A. D. C., 1969, pp. 754, 773 y 775; REINO CAAMAÑO, R. D. P., 1926, p. 319; MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 1017; CASTÁN, *Dere-*

ello, su afirmación de que todo tercero puede consignar lo debido por otro, no tiene mucho valor.

Veamos por separado las dos preguntas que acabamos de plantear:

a) En nuestro Ordenamiento no cabe duda de que cualquier tercero puede realizar el ofrecimiento de pago y poner al acreedor en mora, dentro de los límites de la legitimación para realizar el pago de los terceros. Todos los autores que manejan la distinción entre mora del acreedor y consignación están de acuerdo, aunque, como vimos, sí hay discusión sobre los casos en que el tercero está legitimado al pago, siendo el más polémico el caso de pago contra la voluntad de acreedor y deudor<sup>120</sup>. El argumento fundamental para mantener esta afirmación lo encuentran estos autores en el artículo 1177, 2.º por remisión al artículo 1158<sup>121</sup>. Cabanillas Sánchez se molesta en aclarar, refiriéndose a este artículo 1177, 2.º, «que aunque dictado en especial para la consignación tiene carácter general para todo el ofrecimiento de pago»<sup>122</sup>.

Por su parte, Linares Noci, también partidario de que el ofrecimiento de pago pueda ser realizado por tercero, argumenta sin emplear la base

---

cho..., III, cit., p. 388, nota 3; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., pp. 730 y ss. Apparentemente, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 284. Cfr., además, la posición de CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 199.

Conviene advertir que algunos de estos autores, como Manresa o Cano Martínez de Velasco, que agrupamos en torno a la no distinción entre *mora accipiendi* y consignación, de un lado, y la afirmación de que cualquier tercero está legitimado para la consignación, de otro, sí emplean el término *mora del acreedor*. Sin embargo, no aluden a la *mora creditoris* en sentido técnico, sino a una figura de menor alcance que, dentro de la tradición francesa de nuestro Código, admitía nuestro Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de julio de 1941 bajo esa misma denominación y que «si no permite que el deudor quede liberado *ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida*, impide, en cambio, a aquél (se refiere al acreedor) dar al deudor trato de moroso, y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1124...» (las cursivas son mías; en el mismo sentido las SSTs 5 de junio de 1944 y 21 de junio de 1947). Como se ve, la situación descrita por el TS no se corresponde con una verdadera mora del acreedor. Sobre la evolución de nuestra jurisprudencia desde estos momentos iniciales de tradición francesa hasta el reconocimiento de una mora del acreedor en sentido técnico, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 54 y ss. También el amplio estudio jurisprudencial de CABANILLAS SÁNCHEZ, «La mora del acreedor», A. D. C., 1987, pp. 1342 y ss.

<sup>120</sup> Véase CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 196 y, más confuso, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 492. Por su parte, EYRÉ VARELA, R. J. C., 1946, p. 37, admite expresamente la especie de una consignación realizada por tercero contra la voluntad de acreedor y deudor. El único autor que parece negar que el ofrecimiento pueda ser realizado por tercero es PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, extrapolando argumentos que Nart y Puig Brutau elaboraron para la consignación. Cfr., sin embargo, p. 244 de la misma obra, donde parece admitirlo.

<sup>121</sup> Véase PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 296; EYRÉ VARELA, R. J. C., 1946, p. 36; LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, p. 15; SABATER BAYLE, A. C., 1989-II, p. 2005, nota 39; MALUQUER DE MOTES, «Ofrecimiento...», N. E. J. S., XVIII, cit., p. 430; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 73; CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 194. Dentro del sector que no distingue adecuadamente, a nuestros efectos, entre mora y consignación sí hay ciertos autores que se preocupan de señalar la legitimación del tercero para ofrecer; véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 489, y CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 201, entre otros.

<sup>122</sup> Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 73. También BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 489, y PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 381.

del artículo 1177, 2.º, lo que puede ser importante porque, como veremos a continuación, ese precepto también se emplea para defender la legitimación del tercero para la consignación. Este autor explica con toda claridad que «en definitiva, si la declaración de voluntad contenida en el ofrecimiento de pago supone la promesa de dar o hacer la entrega de lo debido, o sea, el pago, parece coherente pensar que el análisis de la citada figura puede abordarse desde los principios que informan el pago real y efectivo, en la medida en que lo ofrecido realizar es precisamente ese pago»<sup>123</sup>.

b) Contestar la segunda cuestión –la de si cualquier tercero puede consignar–, es algo más difícil, porque volvemos a encontrar opiniones divididas y autores que no se manifiestan, a pesar de que manejen adecuadamente la noción de mora del acreedor en sentido técnico. La mayor parte de nuestros autores se muestran partidarios de que cualquier tercero pueda consignar. Así, encontramos opiniones como la de Albaladejo, que simplemente afirma que el que está legitimado para hacer la oferta está legitimado para hacer la consignación (con lo que parece volver a la tradición francesa)<sup>124</sup>. Estas mismas ideas las defiende López Alarcón, poniendo el ofrecimiento de pago como requisito de la consignación, de tal manera que los requisitos de ese ofrecimiento –la legitimación entre ellos– también son exigibles para dicha consignación<sup>125</sup>. También encontramos opiniones como las de Puig Peña y De Diego Lora, que aluden a que la consignación es un «equivalente jurídico del pago»<sup>126</sup>.

En mi opinión, estos argumentos no son definitivos. En primer lugar, la idea implícita en la exposición de López Alarcón no es lógicamente intachable. Este autor coloca el ofrecimiento de pago como requisito necesario para la consignación y entre los requisitos del ofrecimiento está el tener legitimación para pagar. Es cierto que para poder ofrecer es necesario poder pagar, sin embargo el hecho de que cualquier tercero pueda pagar y, por ello, realizar el ofrecimiento de pago, no implica *necesariamente* que cualquier tercero pueda consignar. También es posible, lógicamente, decir que la legitimación al pago es requisito *necesario pero no suficiente* para la consignación. Tal es, como dijimos, la situación en el sistema alemán.

<sup>123</sup> Véase LINARES NOCI, *R. D. P.*, 1991, p. 172. De una forma similar, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 40. Ideas mucho más complicadas en VAQUER ALOY, *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 1997, pp. 73 y ss.

<sup>124</sup> Véase ALBADALEJO, *Derecho...*, II, 1.º, cit., p. 156. También se limitan a admitirlo VATTIER FUENZALIDA, «Notas...», *R. D. P.*, 1985, p. 495, y VAQUER ALOY, *El ofrecimiento...*, cit., p. 75.

<sup>125</sup> Véase LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, pp. 5 y 15.

<sup>126</sup> Véase, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65, y PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1.º, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, cit., p. 191. Sobre la idea de que la consignación es un equivalente del pago, un buen planteamiento en CANO MATA, *A. D. C.*, 1969, pp. 759-760. Al estudiar la consignación no abordan la cuestión de la legitimación del tercero para recurrir a ella ni CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., pp. 323 y ss.; tampoco CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., pp. 191 y ss.; ni SABATER BAYLE, *A. C.*, 1989-II, pp. 2017 y 2025

La idea de que la consignación es un «equivalente jurídico del pago» tampoco parece decisiva. En efecto, parece que ese aserto no tiene otro valor que el reafirmar que cualquier tercero pueda consignar, con lo que, quizás, se incurra en una petición de principio. Pero es que, además, tampoco se emplea de forma adecuada la distinción entre las vertientes liberatoria, satisfactiva y extintiva del pago. A la pregunta de si un tercero cualquiera puede consignar se responde que sí porque la consignación es un «equivalente jurídico del pago». Con ello se querrá decir que la consignación produce los mismos efectos liberatorios que el pago. Teniendo en cuenta que lo que produce la consignación es la liberación del vínculo, nos encontramos que la respuesta a la pregunta de si cualquier tercero puede liberar –consignar– es contestada diciendo que sí porque también el pago consiste en liberar al deudor. Se olvida que en los supuestos normales de pago hay *satisfacción, liberación y extinción*, mientras que en el pago por consignación sólo hay, en principio, *liberación*.

Para mantener que cualquier tercero pueda consignar también se puede emplear la base legal del artículo 1177, 2.º por remisión al artículo 1158<sup>127</sup>. A esto, repescando un argumento ya citado, cabría añadir una argumentación a contrario del artículo 1161; así, se podría decir que, fuera de cierto tipo de obligaciones de hacer, el acreedor sí puede ser «compelido» a recibir el pago: la consignación por un tercero cualquiera sería la forma de realizar esa «compulsión»<sup>128</sup>. El problema de estos últimos argumentos radica en que, como ya hemos señalado, el artículo 1177, 2.º está concebido dentro de los esquemas de tradición francesa de nuestro Código. Por ello, a pesar de que, literalmente, cabe la argumentación de que cualquier tercero puede consignar, cuando partimos de la doble pregunta de la legitimación para el ofrecimiento y legitimación para la consignación, esa argumentación no parece posible, sin mayores matizaciones.

En efecto, desde el momento en que decimos que –una vez puesto el acreedor en mora– el deudor *puede* consignar si lo estima conveniente para sus intereses, la legitimación de un tercero cualquiera para realizar la consignación ya no es tan evidente. La consignación ya no es, como en el sistema de Pothier, el requisito imprescindible para verse libre de la obligación de pagar intereses y transferir el riesgo de la prestación al acreedor. Esos efectos, entre otros igualmente favorables para el deudor, se pueden obtener por la constitución del acreedor en mora. Los efectos de la mora del acreedor son necesariamente favorables para el deudor y, además son de carácter revocable. Por ello, el Ordenamiento puede permitir que cualquier tercero (en los límites en los que está legitimado para

<sup>127</sup> Así lo hacen, entre otros, DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 65; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Notas...», *Tratado*, II, 1.º, cit., p. 327; PUIG PEÑA, *Tratado...*, IV, 1.º, cit., p. 184, y «Consignación», *N. E. J. S.*, V, cit., p. 191; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 207; EYRÉ VARELA, *R. J. C.*, 1946, p. 36; LÓPEZ ALARCÓN, *Pretor*, 1953-13.º, pp. 5 y 15, y, brevemente, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 162.

<sup>128</sup> Véase, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 133 y 491.

pagar) los desencadene. En cambio, La consignación supone un paso adicional que el deudor decide *libre y facultativamente* si considera que su propio interés exige la liberación del vínculo<sup>129</sup>; en otro caso, el deudor puede contentarse con los efectos de la mora, sin necesidad de extinguir la obligación. Los efectos de la consignación, además, son de carácter irrevocable y definitivo ya que el vínculo se extingue. Desde este punto de vista, podría decirse que un tercero, sin mayores requisitos, no puede estar legitimado para tomar una decisión que sólo incumbe al deudor y que, además, no tiene vuelta de hoja.

En la misma línea, se puede destacar que consignar la prestación debida por otro, ya no se parece a «cumplir una obligación de otro» —como sucedía en los esquemas de Pothier—, sino que se parece más a «ejercitar un derecho de otro» (el derecho a verse coactivamente libre de una obligación), con lo que la posibilidad de actuar eficazmente en la esfera ajena será necesariamente más reducida<sup>130</sup>. ¿Puede un tercero ejercer un derecho ajeno? Evidentemente sí, cuando cuenta con la autorización del titular. Si esa autorización no existe, también cabe la posibilidad de actuar el derecho o facultad ajenos, pero siempre y cuando se reúnan todos los requisitos de una verdadera gestión de negocios<sup>131</sup>.

También hemos dicho ya que si contamos con una buena regulación de la *mora creditoris* se puede negar tranquilamente la legitimación de cualquier tercero para consignar, sin que ello suponga la desaparición de

---

<sup>129</sup> Que la consignación es algo facultativo para el deudor está claro en la doctrina italiana actual. Se puede ver CATTANEO, «Della mora...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., ya en p. 2; NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 32 y ss.; BARASSI, *La teoria...*, III, cit., p. 95; VISINTINI, «Mora...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 148; GIACOBBE, «Mora...», *Enc. Dir.*, XXVI, cit., p. 968; RAVAZZONI, «Mora...», *Noviss. Dig. It.*, X, cit., p. 903; D'ONOFRIO, «Offerta...», *Noviss. Dig. It.*, XI, cit., pp. 767 y 770; MICCIO, «Delle obbligazioni...», *Commentario*, cit., pp. 188-189; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., pp. 77-78; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 395. La misma idea en la doctrina portuguesa, en GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 307; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 188; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 130; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., pp. 780 y 795. En nuestros autores que estudian la mora del acreedor, se puede ver, CABALLERO LOZANO, *La mora...*, cit., p. 328; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas...*, cit., p. 194; SABATER BAYLE, *A. C.*, 1989-II, p. 2025.

<sup>130</sup> Sobre las diferencias entre actuar el lado pasivo o el activo de una relación, por todos, las sugerentes observaciones generales de NICOLÒ, «Adempimento» (*diritto civile*), *Enc. Dir.*, I, 1958, p. 565.

<sup>131</sup> NATOLI y BIGLIAZZI GERI, *Mora...*, cit., pp. 87-89, dedican un epígrafe a la legitimación del gestor de negocios que, sin embargo, no me parece muy útil. Para los requisitos de la gestión, por todos, la buena exposición de PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, pp. 53 y ss. y 347 y ss. Cabe recordar que la gestión de negocios ha sido tradicionalmente una institución preferentemente «conservativa»: se trata de conservar el negocio, evitando daños, hasta que el *dominus* pudiera decidir por sí mismo. Desde este punto de vista, parece que, en muchos casos, lo más lógico será que el gestor se limite a poner al acreedor en mora (efecto necesariamente beneficioso y que admite marcha atrás), consignando sólo —como dice Pasquau Liaño (en p. 396), refiriéndose a actos de disposición realizados por un gestor— «cuando ello suponga evitar un peligro inminente y cuando, además, pueda reportar una ventaja si no demora su ejecución» La idea de que la gestión sin mandato es una figura eminentemente «conservativa», en PASQUAU LIAÑO, *La gestión...*, cit., p. 119. También insisten en ella Natoli y Bigliazzi Geri en la obra y el lugar citados con anterioridad.



la norma que permite a los terceros pagar deudas ajenas. En efecto, si el acreedor se niega sin razón a cooperar con el tercero que le ofrece un pago perfecto, incurrirá *siempre* en la sanción que supone el agravamiento de su posición en la relación obligatoria debido a los efectos que comporta la *mora accipiendi* sobre dicha relación (no devengo de intereses, atribución de riesgos, indemnización de daños, etc.). Esta sanción parece que puede ser bastante para impulsar —o «compeler»— al acreedor a no rechazar frívolamente las prestaciones perfectas que le ofrecen los terceros. Si el tercero que ofrece el pago tiene interés en la obligación, el acreedor que ilegítimamente se resiste a aceptarlo se arriesga, además, a que dicho tercero consigne la prestación debida.

A todo esto cabría añadir que ciertas razones que apoyan la admisibilidad del pago del tercero, como son las relativas a la agilidad del tráfico (en el sentido de que los acreedores pueden tranquilamente recibir el pago sin preocuparse de la legitimación del *solvens*, o, simétricamente, que los terceros pueden pagar sin tener que probar el interés del deudor en el pago), no sirven, en cambio, para apoyar la legitimación de cualquier tercero para consignar: en los supuestos usuales de consignación se trata de obtener una liberación contra la voluntad del acreedor, lo cual normalmente nos indica que algo anómalo está sucediendo. Además, no conviene olvidar que la admisibilidad del pago de un tercero se apoya, actualmente, en lo que se denomina función *satisfactiva* del pago, mientras que en los procedimientos de liberación coactiva del deudor tenemos liberación sin satisfacción<sup>132</sup>.

Teniendo presentes todas estas ideas, que muestran que es bastante discutible afirmar la legitimación para consignar de un tercero cualquiera, estamos en condiciones de apreciar en lo que valen los argumentos de autores como Nart y Puig Brutau<sup>133</sup>. La idea que de estos autores se puede entresacar para destacarla como válida es la de que, como la consignación lo que produce es la liberación del vínculo, sólo puede realizarla el que esté vinculado. Entre ellos, evidentemente, el deudor<sup>134</sup>. No aclaran estos autores que, junto al deudor, también hay que considerar legitimado para la consignación al tercero con interés en el cumplimiento (art. 1210, 3.º), pero no parece difícil llegar a esta conclusión empleando el mismo argumento<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> Este argumento se puede atisbar en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490. Más claramente, PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383.

<sup>133</sup> Se puede comprobar la adecuada idea que tiene Nart sobre la *mora accipiendi* en *R. D. P.*, 1951, p. 209. Sin embargo, cfr. la idea de PUIG BRUTAU, en *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., pp. 288-289, y la de PASCUAL ESTEVILL, que les sigue, en *El pago*, cit., pp. 362, 370, 388 y 403.

<sup>134</sup> Véase, NART, *R. D. P.*, 1951, p. 213; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., p. 292, nota 45. La idea también la recoge, aunque no la acepta, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 490. Véase también PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, teniendo en cuenta que este autor parece argumentar —sorprendentemente— desde una fase previa: legitimación para realizar el ofrecimiento.

<sup>135</sup> Las ideas parecen más claras en la versión que ofrecen Puig Brutau y Beltrán de Heredia. También en DE DIEGO LORA, *La consignación...*, cit., p. 56. Por el contrario,

La idea de Puig Brutau de que «la consignación tendría tal vez el sentido de una prestación a favor de tercero, o del deudor y del acreedor; pero sin duda no cabe disponer para tal fin de la colaboración judicial», nos sugiere una observación más <sup>136</sup>. Consistiría en decir que el procedimiento de consignación, aparte de los gastos en que hace incurrir a las partes, es un procedimiento costoso también para el Estado; por ello, parece excesivo dejarlo abierto a un tercero sin interés propio cuando, además, tampoco concurre un interés general en que se consigne lo debido por otro (más bien, todo lo contrario). Desde ese punto de vista, un tercero sin interés no puede tener la facultad de iniciar un procedimiento que implica gastos para el Estado.

Estos son los argumentos con los que se puede apoyar la solución de que un tercero cualquiera no puede, por sí mismo, consignar la prestación debida por otro. Los terceros interesados (art. 1210, 3.º), en cambio, pueden consignar por y para sí mismos ya que están sujetos a la acción del acreedor y, por tanto, tienen un interés propio en liberarse de su responsabilidad. Por otro lado, cuando deciden consignar (no será necesario aclarar que también estos terceros pueden contentarse con la situación de mora) no puede decirse que se estén entrometiendo en esfera ajena, sino que obran en su propio interés.

Para defender que el tercero del artículo 1210, 1.º –acreedor que quiere pagar con subrogación a otro acreedor que le es preferente– también tiene esta legitimación reforzada de los terceros sujetos a la acción del acreedor, no vale el mismo argumento. El acreedor que paga a otro acreedor preferente (art. 1210, 1.º), también tiene la misma legitimación reforzada de los terceros del artículo 1210, 3.º (entre otras disposiciones, como el art. 1839), pero no por el hecho de estar sujeto a la acción del acreedor –que no lo está–, sino porque, para que sirva de algo la subrogación prevista en ese artículo 1210, 1.º, el acreedor que se encuadra en el mismo ha de poder actuar por sí solo <sup>137</sup>.

---

PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 383, dice: «El ofrecimiento y depósito (...) sólo está entre las facultades solutorias del verdadero deudor».

<sup>136</sup> Véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, I, 2.º, cit., p. 292, nota 45.

<sup>137</sup> Ese artículo 1210, 1.º recoge una figura que se corresponde con la idea romana de la *successio in locum creditoris*; por ello, es un tanto peculiar respecto de los demás casos de subrogación que el artículo 1210 prevé y que se corresponden con la idea romana del *beneficium cedendarum actionum*. La fusión de esas dos figuras de origen romano, operada en el Derecho francés anterior a la codificación, está en el origen de la actual subrogación por pago. Esta idea está muy extendida en todas las doctrinas; se puede ver, por todos, DEMO-LOMBE, *Cours...*, XXVIII, cit., pp. 252-253; MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 76; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 100; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 354, y, entre nosotros, ESPÍN CÁNOVAS, «Sobre el pago con subrogación», *R. D. P.*, 1942, pp. 301-303). La subrogación del artículo 1210, 1.º se justifica por el deseo del legislador de que el acreedor sometido a preferencia respecto de otro acreedor, pueda superar el «derecho de veto» que corresponde al acreedor preferente en tanto propietario de su propio crédito. Se trata de que el poder de ese acreedor sobre su propio derecho –acreedor que, en tanto preferente, sabe que podrá cobrar siempre– no impida acuerdos de transmisión del crédito que podrían ser beneficiosos para todos, sin perjudicar a nadie (sobre esto, las ideas más claras están en MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 705). Parece claro que, para que este mecanismo *expropriatorio* pueda funcionar, el acreedor sometido a esa preferencia ha de poder actuar por sí mismo, sin que otras voluntades puedan entorpecer su camino.

### 3.6 RECAPITULACIÓN: LEGITIMACIÓN PARA EL PAGO Y LEGITIMACIÓN PARA LA CONSIGNACIÓN

Es difícil explicar sin ser farragoso los distintos casos posibles que se pueden presentar cuando un tercero quiere intervenir en una deuda ajena y nos preguntamos si puede o no consignar. Se debe a que es necesario tener en cuenta la actitud y situación de tres sujetos al mismo tiempo (acreedor, deudor y tercero) y, por otro lado, las nociones de legitimación para pagar/ofrecer y de legitimación para consignar (que, además, están en una relación en la que la primera es requisito necesario, pero no suficiente, respecto de la segunda). En los siguientes párrafos no voy a añadir nada nuevo, sino que voy a tratar de exponer esos distintos casos posibles:

a) Si el tercero es de los que pueden obtener una subrogación legal (art. 1210, 1.º y 3.º, principalmente), cuenta con una legitimación reforzada para intervenir. Este tipo de tercero puede *ofrecer* cualquiera que sea la actitud –unilateral o conjunta– o situación del acreedor y del deudor; asimismo, si los efectos de la mora del acreedor no le bastan, puede consignar la prestación perfecta que ofrece<sup>138</sup>.

b) Si se trata de un tercero sin interés, puede ofrecer una prestación perfecta al acreedor por sí mismo –y si éste rechaza injustificadamente, incurrirá en mora–, siempre que no estén de acuerdo, en su contra, el acreedor y el deudor (ese acuerdo le privaría de la legitimación para pagar/ofrecer). El tercero puede ofrecer sin ir a consultar con el deudor y, si el acreedor rechaza injustificadamente, estará en mora. Cuando el tercero ofrece un pago sin haberlo consultado con el deudor, pueden suceder dos cosas: en primer lugar, que el acreedor se preocupe de recabar la opi-

<sup>138</sup> A los efectos de la consignación, quizá se podría acoger una noción más amplia de *tercero interesado* de la que se debe emplear, con nuestros textos legales en la mano, respecto de la subrogación. Para interpretar el artículo 1210, 3.º, creo que la posición más ajustada es la de BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 42 y 43, respectivamente), los cuales dicen que «el interés del tercero se relaciona con un mayor o menor grado de responsabilidad directa o indirecta, en la obligación de cuyo pago se trata» o que es «el interés de la persona que (...) responde de la obligación pagada». Esta postura está directamente inspirada en la tradición francesa (véase LAROMBIÈRE, *Théorie...*, II, cit., p. 247; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 512-513; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 708; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Tratado...*, II, cit., p. 686; LAURENT, *Principes...*, XVIII, cit., pp. 116-117; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 102; en la actualidad, MESTRE, *La subrogation...*, cit., pp. 149-150). Sin embargo, quizá se podría entender, hablando de la legitimación especial de algunos terceros para consignar, que ésta debería alcanzar a «todos aquellos que, a virtud de aquel cumplimiento, consolidan su derecho o extinguen un poder que directa o indirectamente podría exigirles responsabilidad» (Son palabras de PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 250). De esta forma se podría afirmar la legitimación para consignar de un subarrendatario respecto de las rentas debidas por el arrendatario, por ejemplo. Es una forma de entender el «interés» en el cumplimiento que está muy extendida en Portugal. Véase CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, V, cit., pp. 48-49; VAZ SERRA, *Sub-rogação...*, cit., pp. 43-55; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, I, cit., p. 608; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 342-343; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., pp. 567-568; RUI DE ALARCAO, *Direito...*, cit., p. 149; RODRIGUES BASTOS, *Das obrigações...*, III, cit., pp. 169-172.

nión del deudor y éste también se oponga a la intervención del tercero; en este caso, acreedor y deudor –de mutuo acuerdo– estarán privando al tercero de su legitimación para intervenir y el acreedor no incurrirá en mora. En segundo lugar, puede suceder que el deudor –consultado al efecto– apoye la intervención del tercero o que ese deudor esté ilocalizable; en estos dos casos, el acreedor incurrirá en mora.

Una vez que –según los casos examinados– tenemos al acreedor en mora, hay que preguntarse por la posible consignación realizada por el tercero sin interés. El acreedor, en todo caso y en cualquier momento, podrá aceptar la prestación, con independencia de la voluntad del deudor (aunque sí pueden producirse algunas otras consecuencias de tipo indemnizatorio). Si el acreedor se obstina en su rechazo: el tercero ha de ponerse en contacto con el deudor (si éste le apoya en su intención de consignar, puede hacerlo; si el deudor se contenta con la situación de *mora creditoris*, el tercero no puede consignar). Si el deudor está difícilmente localizable, hasta el punto que podamos dar por colmado el requisito de la *absentia domini*, el tercero estará en situación de decidir, conforme a las reglas generales de la gestión de negocios: consignará o no según la apreciación de los intereses del *dominus* y habrá de ser una apreciación objetivamente correcta para que los efectos lleguen a alcanzar la esfera del deudor<sup>139</sup>.

La legitimación para consignar de un tercero cualquiera queda, de esta forma, muy limitada. Sea como sea, conviene destacar que los casos más problemáticos son supuestos marginales y que, en muchas ocasiones, la cuestión de la legitimación para consignar no se planteará porque se llegará a una solución previa. En efecto, el tercero que pretenda consignar deberá anunciar su intención al deudor, pues es indudable que el deudor es un «interesado en el cumplimiento de la obligación» a efectos del artículo 1177, 1.º<sup>140</sup>. Si esto es así, cuando se anuncie al deudor la intervención del tercero contraria a la voluntad del acreedor, puede presentarse en el Juzgado y, manifestando su oposición a esa intervención, suprimir la legitimación para pagar/ofrecer del tercero no interesado, con lo que la pregunta de si el tercero sin interés puede consignar por sí mismo ya no tiene mucho sentido.

#### 4. OTROS LÍMITES AL PAGO DEL TERCERO. EL ARTÍCULO 1161

Hasta aquí hemos visto cómo *no* influían las distintas actitudes *unilaterales* del deudor o del acreedor en la legitimación que tienen los terceros para intervenir en deudas ajenas y qué eficacia cabía otorgar a la opo-

---

<sup>139</sup> Sobre esa eficacia de lo hecho por el gestor respecto de la esfera del gestionado, PASQUAU LIAÑO, *La gestión...*, cit., pp. 169 y ss (pp. 194-204, en especial).

<sup>140</sup> EYRE VARELA, *R. J. C.*, 1946, p 36, explica claramente esta idea de que ha de avisarse al deudor.

sición conjunta de éstos ante la intención de pagar de un tercero, según estuviese el *solvens* interesado o no en la obligación. Hemos visto también que la solución más razonable es la de que no pueda consignar, sin más, un tercero sin cualificación especial. Vamos a ver ahora el significado que hay que atribuir al artículo 1161, que es el otro límite específico a la posibilidad de intervención de los terceros en deudas ajenas.

Tal precepto es del siguiente tenor literal: «En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

#### 4.1 EL ARTÍCULO 1161 Y LAS OBLIGACIONES DE HACER

Este artículo contiene una norma de rancio abolengo y que se explica diciendo que en los casos en que la «calidad y circunstancias» del deudor se hayan tenido en cuenta al establecer la obligación, lo que sucede es que la prestación será objetivamente infungible; por ello, si el tercero ofrece el cumplimiento, estará ofreciendo un *aliud* y, conforme al artículo 1166 y al principio de la identidad del pago, el acreedor no estará obligado a recibirlo<sup>141</sup>.

Así, la limitación implícita en el artículo 1161 será de aplicación en el caso de las obligaciones de hacer, pero no en cualquier tipo de ellas, sino sólo en aquellas en las que la persona del deudor esté implícita en la prestación; tal cosa sucede en las obligaciones de hacer llamadas personales o personalísimas<sup>142</sup>.

Con un desarrollo mayor de estas ideas, es frecuente en nuestra doctrina explicar el fundamento de esta disposición por referencia a las mismas razones que justificaban la posibilidad de que un tercero pagase la deuda ajena. En este sentido, es muy claro este párrafo de Díez-Picazo: «La justificación de la regla general de la admisibilidad del pago por un tercero y de su excepción radica en la idea de cumplimiento entendido como satisfacción del interés del acreedor: si el interés del acreedor encuentra satisfacción con una prestación objetiva, la deuda debe quedar pagada, quienquiera que sea el *solvens*; si el interés del acreedor sólo

<sup>141</sup> Así MUCIUS SCAEVOLE, *Código...*, XIX, cit., p. 969; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 602; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PUIG PEÑA, *Compendio...*, III, 1.º, cit., p. 316, nota 8; VALPUESTA FERNÁNDEZ *et al.*, *Derecho...*, cit., p. 144; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago...*, cit., p. 104; BORRELL SOLER, *Cumplimiento...*, cit., p. 22; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, p. 481; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 150-151; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, y PUIG BRUTAU, *Diccionario de acciones en Derecho Civil español*, 2.ª ed., Barcelona, 1992, p. 486.

<sup>142</sup> La norma que recoge este artículo 1161 estaba ya presente en la obra de Pothier, donde también se predicaba de aquellas obligaciones de hacer en que se había considerado el talento o la habilidad del artifice; POTHIER (*Traité...*, cit., p. 274, núm. 500) ponía el ejemplo de la obligación de pintar un cuadro, que se viene repitiendo en la doctrina desde entonces.

queda rigurosamente satisfecho con una prestación del deudor, sólo éste podrá cumplir la obligación»<sup>143</sup>.

Es opinión general en nuestra doctrina la de que el artículo 1161 excluye la posibilidad de que el tercero se sirva de representantes para cumplir<sup>144</sup>. En estos casos tampoco es posible la representación legal, por lo que si el deudor de prestación infungible deviene incapaz, no podría cumplir en su lugar el representante legal, sino que habría que acudir a la doctrina de la extinción por imposibilidad personal de cumplir la obligación (art. 1184)<sup>145</sup>.

En las obligaciones a que se aplica el artículo 1161 es exigible una prestación personal del propio deudor. Sin embargo, la prohibición de servirse de representante o auxiliar no alcanza, como señala lúcidamente Mucius Scaevola, los casos en los que cumple el deudor pero se sirve de un tercero para la «materialidad de la entrega»<sup>146</sup>. El ejemplo con que este autor ilustra su idea es el un pintor que, una vez realizado el cuadro comprometido, se sirve de un propio para entregarlo al acreedor.

Por otra parte, Bercovitz y Valladares señalan que el hecho de que se nombre a la persona del deudor en las obligaciones de hacer no significa necesariamente que la prestación sea personalísima; también puede tener el significado de «mera expresión de una relación de confianza o designación indirecta de un nivel de calidad», por lo que no se excluiría la posibilidad de cumplimiento por auxiliares del deudor o, incluso, por tercero<sup>147</sup>.

Entre los exégetas del Código francés se encuentra la correcta observación de que el artículo 1237 de ese cuerpo legal (equivalente a nuestro art. 1161) también impide el pago de los terceros *interesados*. Así, no podrá el fiador cumplir una obligación de hacer infungible en lugar de cumplir el deudor personalmente<sup>148</sup>.

El tenor literal del artículo 1161 deja claro que en las obligaciones a que se refiere el acreedor «no podrá ser compelido» a recibir de un terce-

---

<sup>143</sup> Véase, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. En la misma línea HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., pp. 150-151; CRISTÓBAL MONTES, *El pago...*, cit., p. 50; CAMPUZANO TOMÉ, A. C., 1989-III, p. 3503; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 245.

<sup>144</sup> Así, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; LACRUZ *et al.*, *Elementos...*, II, 1.º, cit., p. 143; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 480; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139.

<sup>145</sup> Véase, HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 245. Otra consecuencia del carácter personalísimo de la obligación de hacer, que se suele traer a colación en la doctrina, se encuentra en el primer párrafo del artículo 1595. Véase, por todos, BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 74.

<sup>146</sup> MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 966.

<sup>147</sup> BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 74.

<sup>148</sup> DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 26; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 485; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 517; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 22, y, más recientemente, AUBRY y RAU por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 3. En la doctrina italiana que trabajó sobre el *Codice* anterior, GIORGI, *La teoria...*, VII, cit., p. 147, recoge esta misma idea.

ro, por lo que nada obsta a que el acreedor, libremente, decida aceptar el *aliud* que el tercero le ofrece; en ese caso estaríamos ante una dación en pago, es decir, ante lo que se denomina, en la doctrina italiana, *cumplimiento indirecto* de la obligación ajena<sup>149</sup>.

Esta posibilidad que tiene el acreedor de aceptar el cumplimiento que le ofrece un tercero a pesar de que la obligación, en principio, le confería el derecho a rechazarla, se explica claramente por el hecho de que el límite que supone el artículo 1161 a la intervención de los terceros, está concebido para proteger el derecho de ese acreedor a un cumplimiento íntegro e idéntico al debido, y por el hecho de que dicho límite, además, se justifica por la idea de satisfacción del interés del acreedor. Por ello, el acreedor, que es el mejor juez de sus intereses, siempre puede considerar que la prestación distinta que le ofrece el tercero satisface su interés, aunque sea por equivalente.

En este sentido, Manresa afirma que este límite a la legitimación al pago de los terceros no confiere derecho alguno al deudor<sup>150</sup>. Es decir, que el deudor no puede impedir que el acreedor acepte el ofrecimiento realizado por un tercero de satisfacer el interés de ese acreedor mediante una dación en pago, por mucho que la obligación tuviese un objeto infungible.

Las interpretaciones que los preceptos análogos a nuestro artículo 1161 han suscitado entre los autores franceses, italianos y argentinos no son muy distintos a las que ya hemos recogido de nuestra propia doctrina<sup>151</sup>. Sí tiene

<sup>149</sup> Por todos, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 237 y ss. Por otro lado, sobre la idea de que sí, en estos casos, el acreedor acepta la prestación que le ofrece un tercero estará recibiendo una dación en pago, se puede ver PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, nota 1; ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 26, nota 1.

<sup>150</sup> MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605. En este mismo lugar, también cita MANRESA el artículo 1165 como límite al pago del tercero.

<sup>151</sup> Nuestro artículo 1161 tiene su equivalente en el artículo 1237 del Código francés y en el artículo 1239 del antiguo Código italiano, prácticamente una traducción del anterior. El artículo 1237 del *Code* dice así: «L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre la gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même». Para una interpretación de este precepto se puede ver, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DURANTON, *Cours...*, VII, cit., pp. 13 y ss.; MOURLON, *Répétitions...*, II, cit., p. 677; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., pp. 66-70; MARCADÉ, *Explication...*, IV, cit., p. 552; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 474 y 484-485; COLMET DE SANTERRE, *Cours...*, V, cit., p. 308; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., pp. 22 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., pp. 516-518; ARNTZ, *Cours...*, III, cit., p. 93, y SURVILLE, *Éléments d'un cours de droit civil français*, II, 2.ª ed., París, 1911, p. 149. Más recientemente, Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221; MARTY y RAYNAUD, *Droit...*, II, 1.º, cit., p. 602; MAZEAUD, JEAN, HENRY y LEON, *Lecciones...*, III, 2.ª, cit., p. 127; CARBONNIER, *Droit...*, IV, cit., p. 470; RIPERT y BOULANGER, *Tratado...*, V, 2.º, cit., p. 378; PONSARD y BLONDEL, «Païement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. Para una interpretación del artículo 1239 del Código italiano de 1865, se puede ver, POLACCO, *Le obbligazioni...*, I, cit., pp. 156-157; CARBONI, *Della obbligazione...*, cit., p. 192; DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, 1.º, cit., p. 106; GIORGI, *Teoría...*, VII, cit., p. 149; BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, México D. F., 1946, p. 393; CHIRONI, *Istituzioni...*, II, cit., p. 55; PACCIONI, *Elementi di diritto civile*, Turín, 1916, p. 445; SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., pp. 507-508, y sobre todo, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 119-125.

El artículo 730 del Código argentino es el equivalente de nuestro artículo 1161. Sobre aquella norma, manejando ideas ya recogidas en el texto, se puede ver, Salvat, *Tratado...*,

mayor interés destacar el sistema adoptado en el Código italiano de 1942 y las peculiares normas que encontramos en los dos Códigos portugueses debido a que en ellos se acogen algunas críticas doctrinales formuladas a los preceptos similares a nuestro artículo 1161. Lo veremos más adelante.

## 4.2 LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 1161 A LAS OBLIGACIONES DE DAR

### 4.2.1 LA EXTENSIÓN DEL ARTÍCULO 1161, SOBRE LA BASE DE UN INTERÉS DEL ACREEDOR EN LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL DEUDOR

Para la mayoría de nuestra doctrina, y a pesar de que literalmente el artículo 1161 sólo se refiera a obligaciones de hacer, el límite al pago del tercero que ese precepto contiene se puede extender a las obligaciones de dar. En efecto, como el artículo 1161 se explica por la idea de que el acreedor sólo obtiene cumplida satisfacción de su derecho a través de una prestación personal del deudor, se podrá aplicar dicho precepto a cualquier tipo de obligación, con tal de que la satisfacción del acreedor dependa de que sea el deudor el que cumpla personalmente<sup>152</sup>. Es decir, se extiende la aplicación del artículo 1161 a todos los casos en que el cambio en la persona del *solvens* influya en la identidad de la prestación.

Esta manera de argumentar está muy extendida y también es muy frecuente en las doctrinas de otros países, hasta el punto de que fue decisiva, por ejemplo, al redactar el equivalente de nuestro artículo 1161 en el *Codice* de 1942<sup>153</sup>. Sin embargo, cuando se trata de aplicar a las obliga-

---

cit., p. 420; MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 511; COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 388; LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., pp. 304-305; RIVAROLA, *Instituciones...*, II, cit., p. 168; BORDA, *Tratado...*, I, cit., p. 516; DE GÁSPERI, *Tratado...*, III, cit., p. 31. Véase también el artículo 626 de este Código. Por otro lado, hay que señalar que en Derecho alemán se admite la posibilidad de pago del tercero en el parágrafo 267 del B. G. B., con la limitación similar de que no se trate de prestación personalísima, en cuyo caso sólo puede cumplir el deudor. Se puede ver LARENZ, *Derecho...*, I, cit., p. 254; ENNECCERUS, *Tratado...*, II, 1.º, cit., p. 119, y HEDEMANN, *Tratado...*, III, cit., p. 137.

<sup>152</sup> Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 216; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133; PUIG PEÑA, *Compendio...*, III, 1.º, cit., p. 316; MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 603.

<sup>153</sup> El artículo 1180, 1.º del *Codice* actual dice: «L'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione». Aquí no se refiere el interés del acreedor en recibir el pago personal del deudor a las obligaciones de hacer, como sucedía en el Código anterior. NATOLI (*La attuazione...*, I, cit., pp. 184-185) y DI MAJO (*Le modalità...*, cit., p. 536) explican que la redacción de este artículo obedeció al argumento que estamos comentando. Por otro lado, hay que señalar que ninguno de los dos Códigos portugueses alude a las obligaciones de hacer a la hora de regular los límites a la posibilidad de pagar deudas ajenas. Véase, por todos, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13.

Para ver la situación previa a estos Códigos más recientes, en la que los argumentos a que se alude en el texto estaban muy extendidos, se puede ver DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 70; LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 474, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518. Más recientemente, Aubry y Rau por MARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 3, y PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. Para



ciones de dar esa idea de que la identidad de la prestación depende de las cualidades del pagador, surgen los problemas y las dudas <sup>154</sup>.

Así, centrándonos en nuestra doctrina, Bercovitz y Valladares señalan que será raro encontrar una obligación de este tipo (sobre todo que implique también la exclusión del pago por representante) y que, en cualquier caso, el interés del acreedor en que cumpla personalmente el tercero ha de ser un interés objetivo <sup>155</sup>.

Por su parte, Manresa relaciona la cuestión de extender la aplicación del 1161 a las obligaciones de dar con la cuestión –que parece bastante lejana– de si es admisible el pago de un tercero cuando se trate de obligación de dar cosa específica. En la misma línea, Hernández Gil también señala que en las obligaciones de dar cosa específica la posibilidad de que pague un tercero estará normalmente excluida por el hecho de que no podrá entregar precisamente la cosa debida <sup>156</sup>.

Por otro lado, Díez-Picazo pone como ejemplo de obligación de dar a la que es posible aplicar el artículo 1161, el de una obligación de entrega de una cosa con el deber accesorio de instalación o de mantenimiento <sup>157</sup>. En este caso, la exclusión del pago del tercero es clara por el hecho de que se incluye un deber accesorio de hacer; por ello, el ejemplo de este autor tampoco sirve de gran ayuda para saber qué significa extender el artículo 1161 a las obligaciones de dar.

---

*Codice* de 1865, SIMONCELLI, *Introduzione...*, cit., p. 507; DE RUGGIERO, *Institutiones...*, II, 1.º, cit., p. 106; GIORGI, *Teoria...*, VII, cit., pp. 148 y 149; NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 119. Aparentemente en contra, POLACCO, *Le obbligazioni...*, I, cit., pp. 156-157. La posición más radical, en contra de la posibilidad de extender esa limitación del artículo 1239 del antiguo *Codice* (equivalente a nuestro art. 1161) a las obligaciones de dar, la encontramos en CARBONI, *Della obbligazione...*, cit., p. 194. Para el artículo 730 del Código argentino, cfr., por todos, MACHADO, *Exposición...*, II, cit., pp. 511-512.

<sup>154</sup> Conviene recoger la observación de algunos autores según los cuales la extensión del artículo 1161 a las obligaciones de no hacer normalmente será innecesaria, ya que la posibilidad del cumplimiento por tercero estará excluida debido a la propia esencia de ese tipo de obligación. En efecto, la omisión de una conducta por un tercero no supondrá el cumplimiento de la obligación ajena de no hacer ni tendrá relevancia alguna. En este sentido, MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605; BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139.

<sup>155</sup> BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73. Las mismas dudas, a pesar del tenor literal más amplio del artículo 1180 del *Codice* actual, en CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80, y TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413. Algo similar ocurre, pese al artículo 767, 2.º del Código portugués vigente, en algunos autores portugueses; véase, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13.

<sup>156</sup> Véase MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 603, y HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215. Parece estar en la misma línea, SÁNCHEZ BARBUDO, *El pago*, cit., pp. 37-38. Realmente, esta idea de relacionar la extensión del artículo 1161 a las obligaciones de dar cosa específica no puede ser acogida. Así lo han visto BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73. Ese tipo de obligaciones plantean sus propios problemas desde el punto de vista de la posible intervención de un tercero, pero son problemas que tienen poco que ver con lo que aquí toca estudiar. En cualquier caso, estas ideas ofrecen buena muestra de la confusión que tratamos de exponer. Se puede ver la, en mi opinión, acertada forma en que NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., p. 120, nota 7) plantea el caso del pago de tercero en obligaciones de dar cosa específica.

<sup>157</sup> Véase, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481.

En mi opinión, esas dudas que acabamos de recoger se deben a un malentendido. El artículo 1161, concebido para su aplicación a las obligaciones de hacer conforme a sus precedentes históricos, dice que el acreedor puede rechazar legítimamente el cumplimiento por tercero «cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación». De ese tenor literal arrancan, probablemente, todas esas dudas que hemos recogido e interpretaciones que, para explicar la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar, tratan de encontrar algún tipo de obligación de dar en la que también se haya tenido en cuenta esas «cualidades y circunstancias de la persona del deudor».

Así, Díez-Picazo dice que el artículo 1161 se puede extender a las obligaciones de dar «siempre que para la satisfacción del interés del acreedor sea esencial que la prestación *sea ejecutada por el deudor personalmente*»<sup>158</sup>.

Por su parte, Beltrán de Heredia, dice que «... resulta evidente que existen casos de obligaciones de dar en los que la cualidad del deudor, su solvencia económica, su integridad y honestidad profesionales, pueden haber pesado en el ánimo del acreedor al constituir la obligación»<sup>159</sup>. Ciertamente existen esas obligaciones a que alude este autor; es más, lo que sí parece raro será poder encontrar obligaciones –de cualquier tipo– en las que sean indiferentes esas características de solvencia e integridad a que alude Beltrán de Heredia.

Basten estas dos citas como ejemplos de la manera de extender el artículo 1161 a las obligaciones de dar que me parece criticable<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 481. Las cursivas son mías. Hay otros autores en esta misma línea que me parece criticable: BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73; PASCUAL ESTEVILL, *El pago*, cit., p. 139, entre otros muchos.

<sup>159</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., pp. 132-133.

<sup>160</sup> La idea que trato de combatir también se encuentra entre ciertos exégetas del *Code* que, al defender la extensión del artículo 1237 a las obligaciones de dar, dicen que será preciso que el acreedor demuestre que tiene interés en el *cumplimiento personal* del deudor. El mismo tenor literal del artículo 1237 propicia la confusión al decir: «L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie *par le débiteur lui-même*». Cuando se quiere aplicar este artículo a las obligaciones de dar, se buscan –infructuosamente– obligaciones de dar en las que el acreedor también tenga interés en el cumplimiento personal del deudor. Véase, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 70; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518. En cambio, no va por ese camino LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., pp. 473-474, ni Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 5, ni PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2. La idea que critico también se puede encontrar en el *Codice* de 1865, con una norma de partida calcaada de la francesa, y en el Código argentino. La situación también es igual en el actual Código italiano donde el artículo 1180 no menciona las obligaciones de hacer, pero sigue hablando de un interés del acreedor en que cumpla personalmente el deudor. Véase, por todos, CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., pp. 38-39. Hay que señalar, sin embargo, las dudas de algunos autores sobre la posibilidad de que la satisfacción del acreedor en las obligaciones de dar pueda depender de las cualidades del *solvens*; así, CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 80; BIGLIAZZI GERI *et al.*, *Diritto...*, 3.º, cit., p. 81, y TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 413.

#### 4.2.2 LOS LÍMITES AL PAGO DE UN TERCERO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR

La equivocación a la que estoy aludiendo arranca del hecho de que en las obligaciones de hacer infungibles –y el artículo 1161 está pensando en las *objetivamente* infungibles– la única prestación que es igual a la debida es la que personalmente realiza el deudor. Como decía Demolombe, en estas obligaciones no se ha comprometido la realización de una actividad, sino que se ha comprometido la actividad de una persona determinada. La conducta debida está indisolublemente ligada a la persona del deudor. Por eso se dice que el acreedor tiene interés en que cumpla el deudor en persona. Por ello, además, la limitación al pago del tercero tiene aquí carácter general: se excluye la intervención de cualquier persona distinta del deudor.

Las cosas son muy distintas cuando se trata de obligaciones de dar: en ellas es imposible encontrar un interés del acreedor en que cumpla personalmente el deudor. Ciertamente, habrá casos en que hay que reconocer al acreedor la posibilidad de rechazar el pago del tercero en las obligaciones de dar, pero esto será así, no porque tenga un interés en el cumplimiento personal del deudor, sino porque tiene un interés en que no pague ese tercero que concretamente le ofrece cumplimiento.

Las ideas sobre estas cuestiones que me parecen más útiles las he encontrado en Nicolò <sup>161</sup>. Explica este autor que los límites a la posibilidad del pago de un tercero se pueden clasificar en *objetivos* (los que derivan de la propia naturaleza de la obligación) y *subjetivos* (los que derivan de las personas que intervienen en la operación). Explica también que sólo se puede hablar de límites *objetivos* al pago de un tercero en los casos de obligación de hacer.

En efecto, las obligaciones de hacer son las únicas en las que la infungibilidad del resultado debido se corresponde con la infungibilidad de los medios para alcanzar ese resultado <sup>162</sup>; es decir, el resultado es infungible porque aparece necesariamente unido al medio infungible de alcanzarlo. En cambio, en las obligaciones de dar, se podrá encontrar algún límite subjetivo al pago del tercero, pero nunca limitaciones *objetivas* que deriven de la naturaleza de la prestación <sup>163</sup>. La razón de lo anterior está en que en las obligaciones de dar sólo cabe imaginar la infungibilidad del resultado debido (infungibilidad de la cosa), mientras que los medios de alcanzarlo serán perfectamente fungibles, es decir, el acreedor podrá alcanzar el resultado debido a través de la actividad del deudor o del ter-

<sup>161</sup> Véase, NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 119-125.

<sup>162</sup> No estará de más recordar la noción de obligación de hacer que ofrece, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 244; en contraposición a la obligación de dar, la obligación de hacer es «aquella en que la prestación debida es una actividad diferente de la entrega de una cosa».

<sup>163</sup> Para NICOLÒ (*L'adempimento...*, cit., p. 120, nota 7) no habrá limitación *objetiva* a la intervención de un tercero ni siquiera en las obligaciones de dar cosa específica, en las que más bien se decanta por considerar que, si la cosa está en manos de un tercero, la obligación de entregarla del deudor se extinguirá por imposibilidad *a parte debitoris*; por ello, la posibilidad de intervención del tercero desaparecería totalmente.

ceros; esto es así porque la actividad de entrega de la cosa es necesariamente fungible. Es la misma idea que expresaba acertadamente Mucius Scaevola diciendo que el deudor de una prestación personal puede servirse de tercero para la «materialidad de la entrega»<sup>164</sup>.

Para Nicolò, en las obligaciones de dar no es posible encontrar limitaciones *objetivas* al pago del tercero, pero se puede aplicar igualmente el artículo 1239 del antiguo *Codice* (equivalente de nuestro art. 1161) porque sí se pueden encontrar límites *subjetivos*. Entre estos límites *subjetivos* coloca Nicolò la posibilidad de que el acreedor rechace el ofrecimiento de pago de un tercero incapaz o que no es titular del bien que ofrece. En estos casos el acreedor puede legítimamente rechazar el ofrecimiento del tercero para no verse expuesto a una repetición. Por la misma razón, también puede el acreedor impedir el pago del tercero en obligaciones de dar cuando ese tercero se encuentra en estado de insolvencia<sup>165</sup>. Natoli generaliza estas ideas diciendo que el acreedor puede rechazar el pago del tercero, por razón de la infungibilidad *subjetiva*, siempre que haya una inidoneidad del ofrecimiento desde el punto de vista de procurar la *plena y definitiva* satisfacción del acreedor<sup>166</sup>.

Como un pequeño desarrollo de estas ideas de Nicolò, creo que es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de hacer infungibles, estas limitaciones al pago del tercero en las obligaciones de dar, además de subjetivas, son *relativas*: no impiden el pago de cualquier tercero sino tan sólo el pago del tercero incurso en una de ellas. En este sentido, no otorgan al acreedor el derecho a exigir una prestación personal del deudor ni impiden que el deudor se sirva de representante, ya que, cuando paga el representante es como si pagara el mismo deudor: es este deudor el que jurídicamente *está allí*, en el acto del pago. Las limitaciones implícitas en obligaciones de hacer infungibles, en cambio, sí otorgan al acreedor el derecho a exigir la prestación personal del deudor y, en este

---

<sup>164</sup> Véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XIX, cit., p. 966.

<sup>165</sup> Véase NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., pp. 122-123. Los casos que se manejan en la doctrina italiana actual, para ejemplificar la oposición legítima del acreedor al pago de un tercero en una obligación de dar, son los mismos que ya había propuesto NICOLÒ: incapacidad del tercero, defecto en su titularidad o revocabilidad del pago por insolvencia del *solvens*. Se puede ver, GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331; CIAN Y TRABUCCHI, *Commentario...*, cit., p. 843; CANNATA, «L'adempimento...», *Trattato*, 9.º, 1.º, cit., p. 81; BIANCA, *Diritto...*, IV, cit., p. 284, y «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 72; NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 186; DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 538. Sin embargo, Di Majo (pp. 542-543), partiendo de la novedad que supone que el artículo 1180 fije su atención en el *interés* del acreedor, entiende que el único límite *subjetivo* al pago del tercero radica en los casos en que el *solvens* se encuentre en estado de insolvencia. Los casos de tercero sin capacidad de disposición sobre la cosa o con defecto en su titularidad, tienen ya un cauce adecuado para su tratamiento en las normas sobre *mora accipiendi*. En efecto, en estos dos últimos casos el tercero ya no es una «persona que pueda válidamente cumplir» (art. 1208) a efectos de poner en mora al acreedor.

<sup>166</sup> NATOLI, *L'attuazione...*, I, cit., p. 186. También BIANCA, «Dell'inadempimento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 72.

sentido, son *absolutas* (se pueden oponer a cualquier tercero que intente el pago), además de objetivas <sup>167</sup>.

No creo que exista mucho problema para acoger en nuestro Derecho las limitaciones subjetivas al pago de tercero en obligaciones de dar que hemos visto que se manejan entre los autores italianos <sup>168</sup>.

Si entendemos que el artículo 1161, conforme a sus precedentes históricos, está aludiendo a obligaciones de hacer de carácter infungible, no va a ser fácil apoyar en él un argumento analógico que nos sirva de base para la admisión de estos límites subjetivos al pago del tercero. Como creo haber dejado claro, el artículo 1161 excluye la intervención de todo tercero (y de representante del deudor) sobre la base de la infungibilidad de la obligación, es decir, sobre el carácter necesariamente distinto de la prestación que un tercero es capaz de ofrecer. Y esto no ocurre, para nada, en los casos de obligación de dar, en lo que el tercero ofrece es igual a lo que ofrecería el deudor (ya hemos dicho que las obligaciones de dar cosa específica plantean sus propios problemas).

La base de la admisión de estos límites subjetivos al pago del tercero se podría colocar en la consideración que justifica la admisibilidad misma del pago del tercero. Así, se podría decir que el pago del tercero es admisible siempre que al acreedor le proporcione satisfacción de su derecho y que cuando esa satisfacción que ofrece el tercero sea conocidamente *perilosa o interina* –por repetible–, no es exigible que el acreedor se someta

<sup>167</sup> Los únicos Códigos que escapan claramente a las críticas que se desprenden de estas ideas de Nicolò son los dos Códigos portugueses. Se debe a que esos Códigos –además de no limitarse a las obligaciones de hacer– no reducen el interés del acreedor en rechazar el pago de un tercero al interés en que cumpla personalmente el deudor. Lo decisivo, en esos Códigos, no es el interés en que cumpla personalmente el deudor, sino que es el hecho de que el cambio de persona del *solvens* perjudique al acreedor. En el Código portugués de 1867, el último párrafo del artículo 747 de ese cuerpo legal –dedicado a la legitimación al pago de los terceros– se establecía que «O crêdor nao pode, contudo, ser constringido a receber de terceiro a prestaçao, havendo no contrato declaraçao expressa em contrário, ou se com isso fôr prejudicado». Sobre ese precepto, ALVES MOREIRA, *Instituições...*, II, cit., p. 242; LEITE DE SAMPAIO *et al.*, *Direito...*, cit., p. 51; VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 44, y DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 286. En la misma línea, el Código portugués actual en su artículo 767, 2.º dice: «O credor nao pode, todavia, ser constringido a receber de terceiro a prestaçao, quando se tenha acordado expressamente em que esta deve ser feita pelo devedor, ou quando a substituaçao o prejudique». Para una interpretación de este precepto, véase, en general, GALVAO TELLES, *Direito...*, cit., p. 218, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., pp. 26-27; MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, 2.º, cit., p. 197; ALMEIDA COSTA, *Direito...*, cit., p. 720; PESOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., pp. 12-14.

<sup>168</sup> Estas ideas también están presentes en otras doctrinas. Para un reflejo de las ideas de Nicolò sobre que el acreedor puede rechazar la intervención de un tercero cuando tenga fundadas razones para dudar de la capacidad del *solvens* o de su poder de disposición sobre la cosa, ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, II, cit., p. 26, nota 2. En Portugal, incluso bajo el Código anterior, CUNHA GONÇALVES (*Tratado...*, IV, cit., pp. 714-715) mantenía ideas muy sensatas (las recoge VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 45, nota 67). Entre algunos de los autores que trabajan con el *Code*, a pesar del equívoco tenor literal de su artículo 1237, también se encuentra la idea de que lo fundamental es el interés del acreedor, sin aludir a que tenga que ser un interés en la prestación personal del deudor. Así, LAURENT, *Principes...*, XVII, cit., p. 473; Aubry y Rau por BARTIN, *Cours...*, IV, cit., p. 221, nota 5; PONSARD y BLONDEL, «Paiement», *Enc. Dalloz*, VI, cit., p. 2.

a ese riesgo. El tercero debe ofrecer una prestación que satisfaga al acreedor de forma definitiva. Son ideas no muy distintas a las que hemos recogido de Nicolò o Natoli.

En la misma línea, Carpino explica que la actividad del deudor al pagar es relevante como *deber de prestación*, mientras que la actividad del tercero sólo es relevante por el resultado que alcanza <sup>169</sup>. Desde ese punto de vista, se puede argumentar igualmente –para basar los límites subjetivos al pago de un tercero en una obligación de dar–, diciendo que ese «resultado» que el tercero proporciona al acreedor ha de ser razonablemente seguro. De una forma similar, también Magini destaca que, a medida que el vínculo obligatorio se despersonaliza, lo que le importa al acreedor es alcanzar el resultado apetecido, con independencia de las personas que intervengan <sup>170</sup>. Lo decisivo vuelve a ser, pues, ese resultado.

Cuando el tercero no tenga la capacidad de disposición sobre el bien que ofrece, o su titularidad sobre el mismo sea defectuosa, cabría incluso acoger la opinión de Di Majo de que el ofrecimiento del tercero está aquejado de vicios tales que impediría la aplicación de las normas sobre mora del acreedor y consignación (véase nuestro art. 1177, 2.º en relación al art. 1160) <sup>171</sup>.

Estas ideas que hemos manejado últimamente parecen encerrar el único significado que cabe atribuir a la opinión, mayoritaria en la doctrina española, de extender la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar. No parece que quepa tratar de justificar esa extensión de la aplicación del artículo 1161 a las obligaciones de dar sobre la base de una diferencia objetiva –e imposible de encontrar– entre la prestación debida y la ofrecida por el tercero.

#### 4.3 EXISTENCIA DE UN PACTO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR COMO LÍMITE AL PAGO DE UN TERCERO

Tenemos, por tanto, que el acreedor podrá rechazar el cumplimiento que le ofrece un tercero, claramente, en ciertos casos de obligaciones de hacer y, con mayores matizaciones, en algunas ofertas concretas de cumplimiento de tercero en las obligaciones de dar.

Así las cosas, es necesario estudiar qué alcance y significado cabe atribuir a la existencia de pacto contractual expreso entre acreedor y deudor que excluya la intervención de los terceros. ¿Significa que la prestación es convencionalmente infungible? ¿Puede el acreedor, pese al pacto, recibir el pago de cualquier tercero? ¿La existencia de tal previsión contractual confiere algún derecho al deudor que le permita impedir la intervención de un tercero? ¿Tal pacto será oponible a los terceros interesados?

<sup>169</sup> Véase CARPINO, «Del pagamento...», *Commentario Scialoja-Branca*, cit., p. 10.

<sup>170</sup> Véase MAGINI, *La surrogazione...*, cit., p. 2.

<sup>171</sup> Véase DI MAJO, *Le modalità...*, cit., pp. 542-543.

Sobre este tema nuestra doctrina no es unánime y tampoco se encuentra en ella un tratamiento completo de las cuestiones que plantea un pacto similar al descrito. Para Manresa, no hay nada en nuestro Código Civil que se oponga a la licitud del pacto por el que el acreedor y el deudor excluyen la posibilidad de intervención del tercero. La consecuencia de tal pacto, para este autor, está en que la prestación se convierte en personalísima, por lo que el acreedor no podrá ser compelido a recibir de un tercero. Si, pese a la existencia del pacto, el acreedor acepta el pago del tercero y con ello causa daño al deudor, deberá indemnizarlo<sup>172</sup>.

Según Bercovitz y Valladares ese planteamiento debe ser matizado. Recordemos que, para estos autores, el acuerdo alcanzado por el acreedor y el deudor *durante* la vigencia de la relación obligatoria no impedía que el tercero procediese al pago. Por ello, tampoco el acuerdo en tal sentido consignado en el acto constitutivo de la obligación, podrá tener eficacia<sup>173</sup>. Para Bercovitz y Valladares, el único límite a la posibilidad de que el tercero intervenga en deuda ajena está en el artículo 1161, el cual, en tanto excepción a una regla general, es de interpretación restrictiva. Así, el pacto entre acreedor y deudor para excluir el pago del tercero, será perfectamente válido entre ellos, pero las cosas serán de otra manera cuando se pretenda oponer ese pacto a un tercero. En estos casos, siguen diciendo, el pacto entre acreedor y deudor sólo valdrá frente al tercero cuando la prestación del tercero sea *objetivamente* distinta a la prestación debida por el deudor<sup>174</sup>.

Por su parte, Hernández Gil admite que la esencialidad de las circunstancias personales del deudor, que es lo que justifica el límite al pago del tercero que representa el artículo 1161, provenga de pacto en tal sentido<sup>175</sup>. Sin embargo, parece que este autor se está refiriendo a obligaciones de hacer *objetivamente fungibles* en las que se incrusta un pacto que viene a destacar la importancia de las cualidades personales del deudor.

#### 4.3.1 EXISTENCIA DE UN PACTO PARA EXCLUIR EL PAGO DE TERCERO, EN OBLIGACIONES DE HACER

Esta observación que Hernández Gil nos sugiere, quizá nos coloque en un buen punto de partida. Con ella, nos ponemos en camino hacia una distinción entre dos tipos de obligaciones de hacer que parece muy esclarecedora en estas cuestiones y que cabe encontrar hasta en los precedentes del artículo 1161, y entre los autores que comentaron el Código de Napoleón. Me refiero a la distinción entre obligaciones de hacer *objetivamente* infungibles y obligaciones de hacer *convencionalmente* infungi-

<sup>172</sup> Véase MANRESA, *Comentarios...*, VIII, 1.º, cit., p. 605.

<sup>173</sup> BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., pp. 75-76.

<sup>174</sup> Véase BERCOVITZ y VALLADARES, *Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75. Una opinión no muy distinta en BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento...*, cit., p. 133, a pesar de que este autor defiende que el acuerdo entre acreedor y deudor impide que el tercero pueda pagar (p. 136).

<sup>175</sup> Véase HERNÁNDEZ GIL, *Derecho...*, cit., p. 215.

bles. En estas últimas la prestación consiste, como decía Demolombe, en trabajos «vulgares» —es decir, objetivamente fungibles—, pero se convierten en personales por pacto *ad hoc* <sup>176</sup>.

El artículo 1161 tiene sus antecedentes inmediatos en el artículo 1100 del Proyecto de 1851 y 1178 del Anteproyecto de 1882-1888. Este último precepto presenta un interés menor porque es casi idéntico al actual artículo 1161 <sup>177</sup>. En cambio, sí parece significativo el artículo 1100 del Proyecto de 1851, que es del siguiente tenor literal: «La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido por pacto expreso que la cumpla personalmente el mismo obligado, ó se hubiere elegido su industria y conocimientos ó calidades personales».

En este precepto, García Goyena deja claro que la posibilidad de pacto expreso que excluya la intervención de los terceros existe normalmente en las prestaciones de hacer; comentando ese artículo 1100, dice García Goyena: «En las obligaciones de dar, el interés del acreedor consiste en que se de o pague por el deudor ó por un tercero: en las de hacer, el caso es muy diverso, cuando espresa ó tácitamente se han elegido la industria y conocimientos ó calidades personales del deudor...» <sup>178</sup>. Con esto García Goyena está siguiendo, como tantas otras veces, las doctrinas nacidas bajo el *Code*.

En efecto, entre los exégetas del Código de Napoleón, al comentar el artículo 1237 (equivalente a nuestro art. 1161), se suele decir que el principio de admisibilidad del pago del tercero es aplicable a toda clase de obligaciones, incluso a las de hacer <sup>179</sup>. Entre estas, sin embargo, hay que hacer una distinción entre aquellas que son contraídas *intuitu personae*, en las que no cabe el pago del tercero, y las demás, en las que no se compromete la actividad del deudor sino que se compromete una actividad con independencia de quién la realice <sup>180</sup>. Pero, incluso dentro de este conjunto de las obligaciones de hacer *objetivamente fungibles*, cabe que se dé un pacto expreso que excluya la posible intervención del tercero. Tenemos, entonces, que para los comentaristas del *Code*, cabe un pacto expreso entre acreedor y deudor que tiene la virtualidad de convertir en

<sup>176</sup> Véase DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 69.

<sup>177</sup> El artículo 1178 del citado anteproyecto da una formulación negativa —y menos clara— de la norma actual: «En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, a menos que la calidad y circunstancias de la persona del deudor no se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación».

<sup>178</sup> Véase García Goyena, *Concordancias...*, cit., p. 590.

<sup>179</sup> Esta afirmación se encuentra, incluso, en los trabajos preparatorios del *Code*. Así, JAUBERT, en su discurso ante el Tribunado; véase, FENET, *Recueil...*, XIII, cit., p. 342.

<sup>180</sup> En realidad, la distinción entre dos tipos de obligaciones de hacer, las que atienden a las cualidades del deudor —la prestación del artista— y el resto de ellas, a efectos de poner límites al cumplimiento de un tercero, ha estado siempre presente en la doctrina de los distintos países, al menos desde POTHIER, *Traité...*, cit., p. 274, núm. 500. Véase, por todos, DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 67.



personalísima la obligación de hacer que, en principio, con criterios estrictamente objetivos, se presentaba como *fungible*<sup>181</sup>.

Con esta simple clasificación de las obligaciones de hacer en objetiva y convencionalmente infungibles creo que se llega a entender el sentido de algunas de las afirmaciones doctrinales que hemos recogido y, por otro lado, se aclara una buena parte de los problemas que plantea el significado de un pacto *ad hoc* por el que acreedor y deudor excluyen la posible intervención de un tercero. Respecto de las obligaciones de hacer objetivamente infungibles ya nos hemos extendido al interpretar el artículo 1161. En ellas, la prohibición del pago de un tercero arranca del principio de identidad del pago y, como decía Demolombe, es indiferente que el tercero tenga o no la habilidad exigida por la obligación o, incluso, que tenga *mayores* cualidades que el deudor<sup>182</sup>.

En las obligaciones de hacer *objetivamente fungibles*, en principio, cabe –conforme al artículo 1161– la intervención solutoria de un tercero. En estas obligaciones, la existencia de un pacto expreso entre acreedor y deudor para excluir el cumplimiento por tercero, tendrá el significado de convertir la obligación en *convencionalmente infungible*. Contra la apariencia objetiva de fungibilidad, el pacto revela el interés del acreedor en recibir la prestación personal del deudor. No presenta especial dificultad que las partes, por la razón que sea, decidan convertir en infungible una prestación de hacer objetivamente fungible.

En las obligaciones de hacer objetiva o convencionalmente infungibles, el tercero no puede forzar al acreedor a recibir el pago (ni siquiera si es tercero interesado); el deudor, por su parte, no puede pretender que otro cumpla en su lugar y el acreedor, por la suya, conserva la facultad de contentarse con la prestación que le ofrece el tercero.

#### 4.3.2 SIGNIFICADO DE UN PACTO QUE EXCLUYE EL PAGO DE TERCERO, EN OBLIGACIONES DE DAR

Aclarado el significado de un pacto por el que acreedor y deudor excluyen la intervención de un tercero en las obligaciones de hacer, quedaría por examinar el alcance de uno de esos pactos cuando viene incluido en una obligación de dar. Sobre esto no encontramos un apoyo doctrinal firme en nuestra doctrina ni en las doctrinas extranjeras que solemos estudiar. Esto se debe, en mi opinión, a que no hay un ejemplo claro y general en el que se puedan resumir los problemas que hay que resolver y, además, al carácter marginal de estos casos.

Cuando estudiamos el significado de estos pactos en obligaciones de dar hay que descartar la idea de buscar diferencias objetivas entre lo debi-

<sup>181</sup> Así, TOULLIER, *Droit...*, VII, cit., p. 19; DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 69; HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 22; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 518.

<sup>182</sup> Véase DEMOLOMBE, *Cours...*, XXVII, cit., p. 67. Véase también nuestro artículo 1166.

do por el deudor y lo ofrecido por el tercero<sup>183</sup>. Me siguen pareciendo convincentes las explicaciones que hemos recogido de Nicolò, según las cuales la actividad de entrega de una cosa es necesariamente fungible y que la infungibilidad, en las obligaciones de dar, sólo puede predicarse del resultado y no de los medios para alcanzarlo.

En la doctrina italiana encontramos una buena aproximación al estudio de la cuestión de qué significado tiene que, en una obligación de dar, se pacte que sólo el deudor puede cumplirla. Ya sabemos que el artículo 1180, 2.º del *Codice* actual admite que el acreedor y el deudor paralitzen la intervención del tercero<sup>184</sup>. La oposición al pago del tercero por parte del deudor prevista en ese precepto es una oposición que el deudor manifiesta al acreedor *durante* la vida de la relación obligatoria<sup>185</sup>. Desde esta observación inicial, falta por estudiar si cabe que el deudor haga constar su oposición al pago del tercero en el mismo negocio que da vida a la obligación. Giorgianni opina que sí y que tal pacto —perfectamente válido y lícito— llevará a la consecuencia de que el acreedor no podrá aceptar el pago del tercero. Sin embargo, Nicolò decía que tal pacto era lícito pero que no impedía que el acreedor aceptara válidamente el pago del tercero a pesar de su existencia; esa aceptación del acreedor sólo llevaría al nacimiento de una obligación a su cargo de indemnizar al deudor por los daños que le causare el pago del tercero. En la misma línea se encuentra Di Majo, el cual añade que la posición preconizada por Giorgianni llevaría al resultado excesivo de dar algo similar a una *eficacia real* al pacto entre acreedor y deudor por el que se excluye la posibilidad del pago por un tercero<sup>186</sup>.

En la doctrina portuguesa las opiniones están divididas y no son muy claras. Sea como sea, y compartiendo el punto de vista inicial de relacionar el pacto que estudiamos con la cuestión de que deudor y acreedor se opongan al pago del tercero *durante* la vigencia de la obligación, algunos autores entienden que el acreedor vuelve a ser el árbitro de la situación: en caso de que acreedor y deudor hayan pactado expresamente la exclusión del pago del tercero, el acreedor puede rechazar la prestación que le ofrece un tercero, pero también puede libremente aceptarla<sup>187</sup>. Esta con-

<sup>183</sup> Por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA (*El cumplimiento...*, cit., p. 133) parece admitir que un pacto entre acreedor y deudor pueda llegar a convertir la prestación de *dar* en prestación de carácter personal. Por su parte, BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 75) insisten en que ha de existir una diferencia objetiva entre lo ofrecido y lo debido.

<sup>184</sup> Ese artículo 1180, 2.º del Código actual dice así: «Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione».

<sup>185</sup> Véase GIORGIANNI, «Pagamento», *Noviss. Dig. It.*, XII, cit., p. 331.

<sup>186</sup> Véase NICOLÒ, *L'adempimento...*, cit., p. 125, y DI MAJO, *Le modalità...*, cit., p. 545. Ideas similares en GIORGI, *La teoría...*, VII, cit., pp. 149-150.

<sup>187</sup> PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código...*, II, cit., p. 13, donde no se especifican las consecuencias —¿indemnizatorias?— que tendría la aceptación por el acreedor. Tampoco se especifica qué pasaría con un tercero interesado en la obligación. No queda clara la opinión de PESSOA JORGE, *Lições...*, cit., p. 347, nota 1.

clusión se ve reforzada por el tenor literal del artículo 767, 2.º del Código actual («O credor nao pode, todavia, ser *constrangido...*») y por la opinión, especialmente autorizada, de Vaz Serra. Según este autor, el pacto expreso de exclusión del pago de un tercero en las obligaciones de dar no debe tener eficacia frente a terceros, sino que debe prevalecer el interés general que se encuentra tras la posibilidad de pago del tercero –liberación del deudor, evitar conflictos por impagos, etc.– frente al interés caprichoso del acreedor en recibir una prestación de dar del deudor<sup>188</sup>. Sin embargo, también se pueden encontrar autores que opinan que ese pacto privaría al acreedor de su derecho a ser satisfecho por tercero<sup>189</sup>.

La situación doctrinal examinada no es muy satisfactoria. Creo que se puede obtener un poco de luz adicional si nos preguntamos –al modo en que se hace con el plazo en las obligaciones aplazadas– a quién beneficia el pacto que estudiamos<sup>190</sup>. Teniendo esto presente, la respuesta que hay que dar a la cuestión del significado y alcance de un pacto entre acreedor y deudor que excluya el pago del tercero en una obligación de dar, se puede construir, en mi opinión, con las siguientes ideas:

a) En mi opinión, de las explicaciones de Nicolò de que es imposible encontrar limitaciones *objetivas* en las obligaciones de dar, se puede derivar que la existencia de pacto expreso que excluya el pago de un tercero en este tipo de obligaciones no impediría el pago de un representante del deudor, ya que cuando paga un representante es como si pagara el propio deudor y, además, la prestación que realizaría ese representante puede ser idéntica a la debida<sup>191</sup>.

b) Hay que señalar que, en caso de que acreedor y deudor expresa y claramente excluyeran el pago a través de representante, ese pacto haría

<sup>188</sup> Véase VAZ SERRA, *Do cumprimento...*, cit., p. 45, nota 67. En la misma línea de que el pacto de exclusión de la intervención del tercero –en las obligaciones de dar– no impide que pague un tercero, a menos que el acreedor pruebe su interés en que cumpla el deudor personalmente, se puede ver las opiniones de HUC, *Commentaire...*, VIII, cit., p. 21, y BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato...*, II, cit., p. 519. En la doctrina portuguesa, además de VAZ SERRA, CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, IV, cit., p. 715.

Por otro lado, en la doctrina argentina se ha discutido sobre si es el acreedor el que tiene que probar su interés en el cumplimiento personal del deudor o si es el tercero o el deudor quienes tienen que probar la ausencia de ese interés. Sobre esa polémica, a la que no encuentro mayor utilidad, véase MACHADO, *Exposición...*, II, cit., p. 511, frente a COLMO, *De las obligaciones...*, cit., p. 388, y LAFAILLE, *Derecho...*, VI, cit., p. 304.

<sup>189</sup> Véase, DOMINGES DE ANDRADE, *Teoria...*, cit., p. 286.

<sup>190</sup> En obligaciones de hacer *convencionalmente* infungibles, parece que lo normal es que el pacto de exclusión del pago de un tercero se haya puesto en beneficio del acreedor. Esto es claro si tenemos en cuenta que es el acreedor el que puede siempre conformarse con una dación en pago ofrecida por tercero; es decir, puede renunciar a la posición que el tal pacto le confería.

<sup>191</sup> BERCOVITZ y VALLADARES (*Comentarios...*, XVI, 1.º, cit., p. 73), aunque desde posiciones alejadas de la que se mantiene en el texto, señalaban lo difícil que es imaginar una obligación de dar que implique que la prestación personal del deudor y, especialmente, que implique prohibición de servirse de representantes.

probablemente que ya no pudiéramos decir que estamos ante una pura obligación de dar.

c) En caso de que se entienda que el acreedor es el beneficiario del pacto que estudiamos en las obligaciones de dar, las consecuencias difieren bastante de los resultados propuestos para las obligaciones de hacer, debido a que ahora no estará en juego la identidad de la prestación. En efecto, el acreedor conservaría siempre su facultad de contentarse con la prestación (que, aquí, puede ser idéntica a la debida, según ideas de Nicolò) que le ofrece un tercero. Pero aquí el deudor podría hacerse sustituir en el pago por un representante, dado que la prestación será idéntica y habrá sido jurídicamente cumplida por el deudor/representado. El tercero, por su parte, no puede intervenir por sí mismo: no puede poner al acreedor en mora y, consiguientemente, no puede consignar. En esta última idea el resultado es similar al que se alcanza, bajo el *Codice* actual, cuando se da una oposición conjunta de acreedor y deudor al pago de un tercero *durante* la vigencia de la relación obligatoria (art. 1180, 2.º precitado).

d) Si nos preguntamos si un pacto como el descrito puede convertir al deudor en beneficiario del mismo, lo primero que hay que observar es que se tratará de casos marginales y difíciles de concebir. Si fuéramos capaces de concebirlos, habría que construir las soluciones sobre las siguientes ideas: el deudor sí podría *renunciar* a ese pacto y hacerse sustituir por un representante en el cumplimiento; en segundo lugar, el tercero no podría intervenir por sí mismo (ni mora, ni consignación); por último, el acreedor no podría recibir la prestación (idéntica o no) que le ofrece un tercero. Sobre esta última idea todavía hay un margen de discusión en relación a lo que Di Majo llamaba «eficacia real» de ese pacto o si las consecuencias de una aceptación por el acreedor serían puramente indemnizatorias. Con estas ideas se podría argumentar en caso de que se quisiera otorgar derecho al deudor de una obligación de dar a través del pacto en cuestión. Pero creo que hay que ser muy consciente de que serán casos muy extraños y en los que es difícil alcanzar soluciones abstractas y generales. En cualquier caso, si la voluntad de otorgar un derecho al deudor a través de ese pacto quedara clara, no habría ningún obstáculo para el mismo: no habría motivos especiales para limitar la autonomía de las partes en este punto.

e) Respecto de la posición de los terceros interesados en una obligación de dar en la que existe un pacto como el que estudiamos, creo que sólo podemos limitarnos a observaciones muy generales: si el tercero asumió su posición de sujeto a la acción del acreedor (es decir, su posición de «interesado») cuando ya existía ese pacto, le será perfectamente oponible y no parece que las cosas se planteen de forma distinta a cuando existe un plazo o, en general, a lo que puede ocurrir según el contenido pactado de esa posición del tercero. Otra cosa será cuando acreedor y deudor introducen el pacto en cuestión posteriormente; en este caso no

hay que descartar la inoponibilidad frente al tercero interesado ni otras posibles consecuencias (nuestro art. 1851, por ejemplo).

## CONCLUSIONES

En este trabajo se alcanzan las siguientes conclusiones:

1.º Estamos ante un pago de tercero en sentido estricto cuando el *solvens*, siendo consciente de la ajenedad de la deuda y ofreciendo una prestación conforme a la debida, no justifica su aparición en el acto del pago ni por referencia al hecho de ser parte en la obligación, ni por referencia a una legitimación específica que el deudor o la ley le hayan conferido.

2.º La ley admite la posibilidad de que un tercero intervenga sobre la deuda ajena por un motivo doble: de un lado, por la necesidad de que el acreedor pueda recibir satisfacción de «cualquier persona» (art. 1158, 1.º) sin tener que contar con la voluntad favorable del deudor y, de otro lado, para que el deudor pueda resultar beneficiado por esa intervención con independencia de la voluntad del acreedor. Esos son los intereses que el artículo 1158, 1.º está protegiendo; por ello, el tercero puede intervenir con independencia de las voluntades *unilaterales* de las partes de la obligación. Sin embargo, la voluntad conjunta de acreedor y deudor, que son los beneficiarios de la norma del artículo 1158, 1.º, es perfectamente capaz de impedir la intervención de un tercero no interesado.

3.º Los terceros interesados (los que obtienen por el pago la subrogación legal), además de poder pagar con independencia de la voluntad unilateral de las partes de la obligación, también pueden superar la resistencia a su intervención que conjuntamente le oponen acreedor y deudor. Si el acreedor se opone injustificadamente a recibir el pago perfecto que le ofrece un tercero interesado, incurrirá en mora y el tercero interesado podrá proceder a la consignación.

4.º Los terceros sin interés no pueden, por sí mismos, consignar la prestación debida por otro. La legitimación genérica de los terceros (art. 1158, 1.º) basta para *ofrecer* el pago y poner al acreedor en mora pero, por regla general, no es bastante para consignar. Estar legitimado para pagar es requisito *necesario, pero no suficiente*, para proceder a la consignación.

5.º El acreedor puede rechazar el pago de un tercero en los casos en que se trate de una obligación de hacer objetiva o convencionalmente infungible (art. 1161). En los casos de obligaciones de dar cosa fungible, el artículo 1161 no es de aplicación, porque es lógicamente imposible una prestación de dar en la que la actividad de entrega sea infungible: si la cosa ofrecida es conforme a lo debido, el acreedor no tiene ningún interés en que le sea entregada precisamente por el deudor. En las obligaciones de dar cosa fungible no existen, pues, limitaciones a la posibilidad de

intervención de los terceros que deriven de la naturaleza de la prestación debida.

6.º En las obligaciones de dar cosa fungible sí existen límites a la legitimación de los terceros para intervenir en las deudas ajenas, pero son de tipo *subjetivo*. Esos límites subjetivos derivan del interés del acreedor en rechazar la prestación que el tercero ofrece, cuando se trata de prestaciones *conocidamente interinas por repetibles*. Por ello, el acreedor puede rechazar (sin incurrir en mora) la prestación de dar que le ofrece un tercero cuando éste sea incapaz, cuando no sea titular del bien que ofrece y cuando se encuentra en estado de insolvencia. En estos casos, el interés del acreedor no radica en una prestación realizada personalmente por el deudor, sino que consiste en poder rechazar esa concreta oferta que le dirige un tercero incurso en una de esas limitaciones subjetivas al pago del tercero. Estas limitaciones subjetivas al pago del tercero son, además, de carácter *relativo*; es decir, son oponibles al tercero que se encuentra en una de esas situaciones, pero no al resto de los terceros que ofrecen la misma cosa fungible que podría ofrecer el deudor.

7.º En las obligaciones de hacer, el pacto por el que acreedor y deudor excluyen la posibilidad de que un tercero cumpla en lugar del deudor tiene el significado de convertir la obligación en convencionalmente infungible. Ese mismo pacto, cuando en casos marginales viene a incrustarse en obligaciones de dar cosa fungible, no impide el pago del representante del deudor (salvo voluntad expresa en contrario, que probablemente implique un cambio en la naturaleza de la obligación). El acreedor sí podrá rechazar el pago perfecto que le ofrezca un tercero no interesado sin incurrir en mora; si, por el contrario, el acreedor acepta ese pago, puede verse obligado a responder ante el deudor por los daños causados, siempre que el pacto en cuestión no se haya introducido en el interés exclusivo del acreedor.



# La transferencia de cuota láctea por arrendamiento: su evolución normativa y jurisprudencial en el Ordenamiento jurídico comunitario

FERNANDO GONZÁLEZ BOTIJA

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La normativa comunitaria aplicable.*—III. *Los elementos del contrato de arrendamiento:* 1. Elementos subjetivos. 2. Elementos objetivos.—IV. *Los comienzos del sistema de cuotas:* 1. La instauración del sistema. 2. La situación de los productores SLOM.—V. *Los problemas derivados de la finalización del contrato de arrendamiento:* 1. Introducción. 2. El reparto de las cantidades de referencia. 3. La realización de mejoras en la finca.

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando en 1984 se instauró el sistema de cuotas lecheras, la situación del mercado lácteo resultaba poco menos que insostenible<sup>1</sup>. Las famosas montañas de mantequilla y los mares de leche representaban una amenaza muy seria para el equilibrio presupuestario de la Comunidad en su conjunto. La fijación de unas cantidades de referencia (más conocidas como cuotas lácteas), unida a la imposición de una tasa suplementaria sobre aquellos productores que las superasen (más conocida como la multa de la leche), se consideraban como las medidas adecuadas para acabar con este problema. En este trabajo no vamos a realizar un juicio sobre la efectividad del sistema, sino que nos vamos a centrar en el análisis de la problemática jurídica que, en un punto concreto: los arrendamientos rústicos, ha planteado y puede plantear en el futuro la aplicación del mismo. En este sentido, el Abogado general Gulmann ya destacaba en su informe presentado en el asunto Bostock<sup>2</sup> que este régimen suponía «una

---

<sup>1</sup> Vid. BAUDIN, Pierre: «L'Europe face à ses marchés agricoles (De la naissance de la politique agricole commune à sa réforme)». Ed. Economica, Paris, 1993, pp. 45 y ss., así como la bibliografía citada en pp. 263 y ss., y en especial las comunicaciones de la Comisión.

<sup>2</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (de ahora en adelante TJCE) de 24 de marzo de 1994, As C-2/92, The Queen c/Ministry of Agriculture, Fisheries and food, ex parte: Dennis Clifford Bostock, R. 1994, p. 958.



limitación considerable de la libertad de acción que deberían tener en circunstancias ideales los agricultores poniendo en juego intereses económicos muy importantes»..., señalando además que, «como era de prever, el régimen ha originado problemas en las relaciones entre los arrendatarios y los arrendadores de explotaciones agrícolas».

Como advertencia previa debemos aclarar que vamos a dedicar una importante atención al estudio de la normativa ya derogada dado que presenta un doble interés: en primer lugar porque ha sido recogida en parte en el Reglamento actualmente en vigor y en segundo lugar porque la jurisprudencia existente hasta la fecha recoge la interpretación de dichos textos legales, la cual puede servir de guía para la aplicación del citado Reglamento.

## II. LA NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE

El régimen de cuotas se instauró a través del Reglamento (de ahora en adelante R) 857/84<sup>3</sup>, el cual en su artículo 7 establecía al respecto de la transferencia de la cuota láctea lo siguiente:

«En caso de venta, arrendamiento o transmisión por herencia de una explotación, la cantidad de referencia correspondiente se transfiere total o parcialmente al adquirente, al arrendatario o al heredero según ciertas modalidades a determinar.»

Este precepto, tal y como se ha puesto de relieve en la jurisprudencia del TJCE en varias ocasiones<sup>4</sup>, se refería únicamente al caso en que una cantidad de referencia ya se hubiese atribuido a un beneficiario, es decir, al supuesto de transmisiones de explotación que han tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del régimen de la tasa suplementaria, dejándose sin regulación específica dos temas: 1.º El relativo a la transmisión de una explotación lechera realizada durante el período anterior (en concreto durante los años de referencia, es decir, 1981, 1982 y 1983) a la entrada en vigor del régimen de cuotas el 1 de abril de 1984, y 2.º El referente a la finalización de los contratos de arrendamientos rústicos. Ambas cuestiones serán objeto de estudio más abajo.

<sup>3</sup> Reglamento (CEE) núm. 857/84 del Consejo, de 31 de marzo de 1984, sobre el establecimiento de las reglas generales para la aplicación de la tasa prevista en el artículo 5 quáter del Reglamento (CEE) núm. 804/68 en el sector de la leche y los productos lácteos. DOCE de 1 de abril de 1984, núm. L 90/13. El régimen de la tasa suplementaria entró en vigor a partir del 1 de abril de 1984. La asignación de una cuota o cantidad de referencia a cada productor individual según el artículo 2 de este Reglamento se realizaba tomando en cuenta la cantidad de leche y/o de productos lácteos producida o entregada a la industria lechera durante un año de referencia (que podía ser 1981, 1982 ó 1983 a elección de cada Estado miembro) considerado como representativo de la producción normal de la explotación.

<sup>4</sup> Ver a título de ejemplo la Sentencia del TJCE de 27 de enero de 1994, As C-189/92, Bernard Le Nan c/Coopérative laitière de Ploudaniel, R. 1994, pp. 265 y ss.

Este texto fue desarrollado posteriormente en los artículos 5 del R. 1371/84 y 7 del R. 1546/88<sup>5</sup>, distinguiéndose según que la transferencia de la explotación fuese total o parcial. En el primer caso la cantidad de referencia se transferiría en su totalidad del arrendador al arrendatario. En el segundo supuesto la cantidad de referencia se repartiría entre los productores que reemprendiesen la explotación lechera en función de las superficies utilizadas para la producción lechera o de otros criterios objetivos establecidos por los Estados miembros<sup>6</sup>. Los Estados miembros podían no tomar en consideración las partes transferidas cuya superficie utilizada para la producción lechera fuese inferior a una superficie mínima que ellos determinarían<sup>7</sup>. Estas cuestiones la trataremos con más detenimiento al hablar de la finalización del contrato de arrendamiento cuando el arrendatario tiene la obligación de devolver la cosa arrendada, dado que la jurisprudencia existente al respecto toca siempre este problema.

Por último hay que destacar que el sistema establecido en este precepto quedaba edificado sobre la base del llamado principio de vinculación de la cuota a la tierra<sup>8</sup>. Es decir, para que la transferencia de una cuota sea posible es necesario que se transfiera con ella una superficie de tierra de la explotación en donde se desarrolla la actividad productora de leche. La aplicación estricta de este principio motivó la aparición, como más abajo estudiaremos en profundidad, de graves inconvenientes de carácter económico y social en materia de finalización de contratos de arrendamientos rústicos, lo que motivó que posteriormente el R. 590/85<sup>9</sup> introdujese ciertas excepciones a dicho principio modificando el

---

<sup>5</sup> Reglamento (CEE) núm. 1371/84, de la Comisión, de 16 de mayo de 1984, sobre fijación de las modalidades de aplicación de la tasa suplementaria establecida en el artículo 5 quáter del Reglamento (CEE) núm. 804/68, DOCE de 18 de mayo de 1984, núm. L 132/11, el cual fue derogado por el Reglamento (CEE) núm. 1546/88 de la Comisión, de 3 de junio de 1988, por el que se establecen las modalidades de aplicación de la tasa suplementaria contemplada en el artículo 5 quáter del Reglamento (CEE) núm. 804/68, DOCE de 4 de junio de 1988, núm. L 139/12.

<sup>6</sup> Los citados productores podían ser, bien el arrendador que continuase produciendo en el resto de la explotación que retenía, o bien el conjunto de arrendatarios en el caso de que se arrendase la explotación a varias personas mediante transmisiones parciales a cada una de ellas.

<sup>7</sup> Por ejemplo, si esa superficie mínima se fijaba en 10 hectáreas, la transmisión de una parte de una explotación lechera con una superficie inferior a ese número de hectáreas no daría derecho a la transmisión al arrendatario de una parte de la cuota que pudiese corresponder a la citada superficie, aplicando los criterios de reparto establecidos en la normativa. Se trata, sin lugar a dudas, de un criterio de racionalización económica de la actividad ganadera evitando la creación de explotaciones excesivamente pequeñas.

<sup>8</sup> Este principio es de capital importancia en el sistema de cuotas y ha sido objeto de grandes discusiones en cuanto a su alcance y necesidad. Sobre este particular resulta de imprescindible consulta la obra de CASTILLO QUERO, Manuela: *Las políticas limitantes de la oferta lechera (implicaciones para el sector lechero español)*. Ed. MAPA, Secretaría General Técnica, Serie Estudios. Madrid, 1992, pp. 30 a 159. Véase también, Sentencia Bostock citada, pp. 959 y 960.

<sup>9</sup> Reglamento (CEE) núm. 590/85 del Consejo de 26 de febrero de 1985, sobre modificación del Reglamento (CEE) núm. 857/84 sobre establecimiento de reglas generales para la aplicación de la tasa contemplada en el artículo 5 quáter del Reglamento (CEE) núm. 804/68 en el sector de la leche y de los productos lácteos, DOCE de 8 de marzo de 1985, núm. L 68/1.

artículo 7 del R. 857/84. Así se introdujo un 4.º párrafo al artículo 7 del citado Reglamento que regulaba precisamente el caso de los arrendamientos rústicos que llegan a su término y en los que el arrendatario no tenía derecho a la renovación del contrato en condiciones análogas. Dicha modificación se introdujo, como destacaba el Abogado general Gulmann en su informe presentado en el asunto Bostock, con el fin de evitar las dificultades que, en el plano económico y social ocasionaba la aplicación del artículo 7 para los arrendatarios salientes, al no contenerse en un principio ninguna norma específica en el R. 857/84 que regulase el problema de la finalización de los arrendamientos y la transferencia de cuota. En este supuesto, los Estados miembros podían prever que, todo o parte de la cantidad de referencia correspondiente a la explotación que es objeto del contrato fuese puesta a la disposición del arrendatario saliente, si iba a continuar con la producción lechera<sup>10</sup>. Este precepto sufrió posteriormente una pequeña modificación en virtud del R. 1043/85<sup>11</sup>, siendo retomado por el R. 1546/88, el cual vino a representar la última gran sistematización y consagración de la dispersa normativa existente, constituyendo el marco jurídico que regulará hasta 1992 la materia relativa a la transmisión por arrendamiento de las cantidades de referencia o cuotas.

En 1992 se dictó el R. 3950/92 cuyo artículo 7<sup>12</sup> se dedica a esta cuestión. Dicho precepto recoge en líneas generales la normativa que acabamos de citar consagrando el principio de que, en caso de arrendamiento, la cantidad de referencia asignada a la explotación se transferirá a los productores que se hagan cargo de ella. De hecho, en la misma exposición de motivos de esta norma se destaca como «sería inoportuno modificar esta opción inicial». Sin embargo, se ha aprovechado la ocasión para introducir importantes modificaciones cuyo examen concreto lo abordaremos más adelante. En definitiva, este Reglamento ha venido a culminar ocho años de aplicación del sistema de cuotas, aplicación que motivó la aparición de múltiples problemas que pusieron en evidencia las lagunas importantes que presentaba este marco normativo. Al estudio de la jurisprudencia que fue resolviendo caso por caso estos problemas vamos a dedicar las siguientes líneas.

### III. LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Antes de entrar en el objeto principal de este trabajo conviene precisar los perfiles que poseen los elementos básicos del contrato de arren-

<sup>10</sup> Sentencia Bostock citada, p. 959.

<sup>11</sup> Reglamento (CEE) núm. 1043/85 de la Comisión de 24 de abril de 1985 modificativo del Reglamento (CEE) núm. 1371/84, estableciendo las modalidades de aplicación de la tasa suplementaria prevista en el artículo 5 quáter del Reglamento (CEE) núm. 804/68 en el sector de la leche y los productos lácteos, DOCE de 25 de abril de 1985, núm. L 112/18.

<sup>12</sup> Reglamento (CEE) núm. 3950/92 del Consejo de 28 de diciembre de 1992 por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos, DOCE de 31 de diciembre de 1992, núm. L 405, p. 1.

damiento en este caso concreto de la transferencia de una explotación lechera bajo la instauración del sistema de la tasa suplementaria. La normativa comunitaria sobre cuotas, al igual que ocurre en nuestro Derecho sobre arrendamientos rústicos<sup>13</sup>, exige que se cumplan ciertos requisitos subjetivos y objetivos para que pueda ser de aplicación a una realidad productiva que, aparte de otras muchas formas, puede desarrollarse dentro del marco jurídico de un contrato de arrendamiento.

## 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS

En primer lugar cabe destacar que el R. 857/84 requería que la persona que deseara disfrutar de la cuota fuese un «productor», entendiéndose por tal, en virtud del artículo 12 c) del citado Reglamento, «el agricultor, persona física o jurídica o agrupación de personas físicas o jurídicas cuya explotación esté situada en el territorio geográfico de la Comunidad»<sup>14</sup>.

El TJCE en la sentencia Maier<sup>15</sup> ha precisado que «productor» es aquella persona que tiene a su cargo la explotación, es decir, que la gestiona y administra. De este modo, en el caso de arrendamiento de una explotación lechera sólo tiene la condición de tal, a efectos de la aplicación de esta normativa, el arrendatario y no el arrendador, ya que es él quien desarrolla la actividad productiva. Ahora bien, este concepto jurisprudencial necesita una precisión ulterior. Y es que para saber cuándo un arrendatario «gestiona y administra» una explotación lechera habrá que recurrir a la normativa tanto comunitaria como nacional que regula la condición de agricultor o ganadero en cuanto arrendatario. En nuestro caso concreto, el arrendatario de una explotación lechera gestionará la misma teniendo derecho a ser titular de la cuota que la acompaña cuando cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 14 a 19 de la LAR, tal y como ha sido modificada por la Disposición final primera de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las explotaciones Agrarias<sup>16</sup>. Una vez hecha esta aclaración, vamos a

---

<sup>13</sup> Ver artículos 1 a 19 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos (de ahora en adelante LAR).

<sup>14</sup> Este concepto, junto con el de explotación que vamos a examinar abajo, se encuentra regulado actualmente en el artículo 9 c) y d) del R. 3950/92.

<sup>15</sup> Vid. Sentencia del TJCE de 9 de julio de 1992, As C-236/90, Reinhard Maier c/Freistaat Bayern. R. 1992, pp. 4483 y ss.

<sup>16</sup> Publicada en BOE núm. 159, de 5 de julio de 1995. El artículo 14 de la LAR establece que «sólo pueden ser arrendatarios y, en su caso, subarrendatarios de fincas rústicas los profesionales de la agricultura». El artículo 15 de la LAR ha sido modificado por la citada Ley 19/1995, introduciéndose un concepto de profesional de la agricultura, al cual se le define como «la persona mayor de edad o emancipada que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor profesional, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 del artículo 2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Ley 19/1995)». El citado artículo 2.5 define como agricultor profesional «la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta

centrarnos en las dudas que se han planteado ante el TJCE sobre si un productor, pese a verdaderamente gestionar una explotación, podía perder su condición de arrendatario si se producían determinadas circunstancias que pasamos a examinar a continuación.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el dato de que es posible que un ganadero abandone la explotación lechera de una finca con cuota asignada que posee a título de propietario o arrendatario para arrendar otro terreno<sup>17</sup> más productivo de pastos y prados, con o sin instalaciones fijas (establos, almacenes, etc.), trasladando al mismo sus propias vacas y maquinaria de producción lechera o compartiendo estas últimas con su arrendador, el cual puede que continúe como productor de leche en una parte de la finca no arrendada. De este modo, el arrendatario consigue aumentar la productividad y la calidad de la leche a la vez que obtiene una mayor rentabilidad, teniendo así acceso a ciertos terrenos cuyas características permiten abaratar los costes de producción, contribuyendo de esta manera a hacer viables económicamente las cuotas asignadas. Esto último, motivó que se pusiese en duda la condición de productor del arrendatario, llegándose a plantear en el asunto Ballmann antes citado la cuestión de saber si el arrendatario podía perder la condición de productor y por lo tanto el derecho a explotar la cantidad de referencia que rentabilizaba en su anterior explotación en calidad de propietario y que había abandonado con el fin de modernizarla, como consecuencia de haber arrendado unas instalaciones en una explotación en la que el arrendador desempeñaba su actividad también como productor lechero, y ello aunque se hubiese fijado en el contrato de arrendamiento que todo el proceso productivo, de almacenamiento y venta se produciría por separado, compartiéndose sólo las instalaciones relativas al ordeño y las generales. El problema surgió porque, la autoridad administrativa competente rehusaba considerar al arrendatario como productor, al compartir dichas instalaciones con el arrendador. Este temor era explicable si se tiene en cuenta que este hecho podía llevar a que se cometiese el fraude de imputar a la cuota de uno lo que había producido el otro, haciendo escapar de este modo a la aplicación de la tasa la producción excedentaria que se produ-

---

procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total». Sobre el concepto de «profesional de la agricultura» y sus relaciones con otros relacionados con él existentes en textos legales tanto nacionales como comunitarios puede consultarse SOLDEVILLA Y VILLAR, A. D: *Derecho Agrario (lecciones para un curso)*. Volumen II, Parte Especial 1.ª Valladolid, 1992, pp.18 a 37, pero en especial las pp. 26 a 30.

<sup>17</sup> Realidad que parece ser más la regla que la excepción en el norte de Europa. Ver Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1991, As C-341/89, Heinrich Ballmann c/Hauptzollamt Osnabrück. R. 1991, p. 29. En este asunto se estudia el caso de Alemania, pero la misma situación se da igualmente en el Reino Unido como ha quedado de manifiesto en el asunto Bostock antes citado. Obsérvese que en este caso no se aplica el artículo 7 del R. 857/84 antes citado, ya que no se trata de una transferencia de explotación con cuota de una persona a otra sino de un cambio del sustrato físico donde se explota la cuota asignada continuando el mismo titular.

jese cuando coincidiese con un déficit de cualquiera de los dos. De este modo, la Administración decidió imputar a la cuota del Sr. Ballmann la cantidad que produjese su arrendatario en los terrenos arrendados.

Preguntado el TJCE sobre si el arrendatario perdía su condición de productor por el hecho de compartir estas instalaciones, el TJCE comenzó recordando que sólo podía asignarse una cantidad de referencia a un ganadero en la medida en que tiene la condición de productor, y ésta sólo la poseen aquellos que administran una explotación efectuando ventas y suministros de leche y productos lácteos, sea como propietario de la misma o como arrendatario, quedando esto último corroborado por lo dispuesto en el artículo 7.1 del R. 857/84, según el cual también los arrendatarios pueden ser beneficiarios de una cantidad de referencia. De ello había que deducir que la cuota vendida o suministrada por un arrendatario y que corresponde a la producción lechera obtenida por éste en las instalaciones arrendadas debe imputarse, en principio, a su cantidad de referencia, sin que tenga relevancia el hecho de que el arrendador también sea productor de leche y disponga, en este concepto, de una cantidad de referencia. Pese a todo el TJCE advertía que, con el fin de permitir un control administrativo eficaz de la aplicación del régimen, la imputación a la cantidad de referencia del arrendatario sólo podía hacerse si éste administraba de manera autónoma las unidades para cuya explotación había arrendado determinadas instalaciones, de tal modo que se pudiesen distinguir claramente las obtenidas por cada uno, y en especial que se almacenasen y suministrasen por separado. Finalmente, se destacaba cómo correspondía a la jurisdicción nacional el proceder a las apreciaciones de hecho necesarias con el fin de controlar estos requisitos.

Otra cuestión interesante se ha planteado en lo que respecta a los cambios en la titularidad del arrendatario aprovechando la instauración del sistema de cuotas, pasando el antiguo arrendatario de una explotación lechera a continuar arrendando la misma finca, pero esta vez no individualmente como antes, sino en colaboración y asociación con otras personas que son consideradas también como arrendatarios. En este caso, ¿a quién se ha de entender como beneficiario y productor de la cantidad de referencia asignada a la explotación: a la asociación, al grupo de personas o al arrendatario inicial?

Este problema se planteó en el asunto Herbrink<sup>18</sup> en donde un productor lechero, tras la instauración del sistema de cuotas, tomó la decisión de continuar produciendo leche como arrendatario sobre la misma finca que tenía arrendada, pero junto con su yerno, formando con él una asociación sin personalidad jurídica. El TJCE destacó cómo nada se oponía en la normativa comunitaria a que un arrendatario individual pudiese continuar su actividad de producción lechera en el marco de un grupo de personas o de una asociación que él y otras personas hubiese constituido

---

<sup>18</sup> Véase Sentencia del TJCE de 27 de enero de 1994, As C-98/91, A. A. Herbrink c/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. R. 1994, pp. 223 y ss.

para gestionar la explotación arrendada, pudiendo optar a la concesión de una cantidad de referencia para el grupo o para la asociación como tal, eso sí, siempre que la asociación no se hubiese establecido con el único fin de realizar en beneficio del arrendatario inicial el valor de mercado de dicha cantidad de referencia específica. Es decir, se trataba de evitar el fraude consistente en que a través de la constitución de la asociación el arrendatario individual y primero no participara directamente en la actividad productora, limitándose a aportar la cuota arrendada a la asociación o grupo normalmente a cambio de una retribución económica<sup>19</sup>. Esto constituiría una auténtica venta encubierta de la cuota, operación que, como puede fácilmente comprenderse, viola el principio de vinculación de la cuota a la tierra antes citado, y por ende el artículo 7 del R. 857/84 (actual R. 3950/92), que impone que la transferencia de la cuota se realice junto con la explotación. Y es que se desea evitar un comercio de cuotas fraudulento que, lleve a que a la cabeza de las explotaciones, no exista un verdadero productor, es decir, una persona o grupo de personas que con el fin de producir leche gestiona bajo su propia responsabilidad un conjunto de unidades de producción, pudiéndose agravar aún más el excedente lácteo al permitirse, mediante esta vía, la permanencia en actividad de cantidades de referencia que deberían, por la propia evolución de las estructuras económicas, salir del mercado pero que de hecho pasan a ser objeto de comercialización autónoma. En el supuesto del arrendamiento a una persona individual, la condición de productor la debe reunir tan sólo el arrendatario ya que es el único que goza del derecho de uso de la explotación. Cuando el arrendamiento ha sido continuado por una asociación o por un grupo de personas, la condición de productor tiene que estar presente en el conjunto de personas que integran la asociación o el grupo, debiendo todos ellos participar directamente, de un modo u otro, en la gestión de la actividad productiva.

## 2. ELEMENTOS OBJETIVOS

Ahora bien, hay un segundo requisito de carácter objetivo, que debe cumplir el arrendatario: que tenga a su cargo una «explotación», según lo dispuesto en el artículo 12 *d*) del R. 857/84, el cual la define como «el conjunto de unidades de producción administradas por el productor y situadas en el territorio geográfico de la Comunidad».

Una simple lectura de este precepto puede llevar a creer que no presenta problemas interpretativos, sin embargo esto no es así. Antes de nada,

---

<sup>19</sup> Precisamente un fraude de este tipo ha sido juzgado en la reciente Sentencia del TJCE de 17 de abril de 1997, As C-15/95, EARL de Kerlast *c*/Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) y Coopérative de Trieux, confirmando la doctrina sentada en el asunto Herbrink.

conviene advertir que, a grandes rasgos, el arrendatario regentará una «explotación» con derecho a producir al amparo de una cuota, cuando cumpla, como ha destacado el TJCE en la sentencia Wachauf<sup>20</sup>, dos condiciones:

- a) que el productor administre un conjunto de unidades de producción, se sobreentiende que aptas en potencia para producir leche, para lo cual deberá poseer, aparte de unos terrenos para pastos, las instalaciones de establo, ordeño y almacén y, por supuesto, una cabaña de vacas;
- b) esas unidades deberán estar situadas en el territorio de la Comunidad.

Ahora bien, se planteó la duda en los casos de transmisiones de tierras realizadas antes de la instauración del sistema de cuotas de qué ocurría cuando el arrendatario aportaba sus propias vacas e instalaciones y el arrendador le había arrendado un terreno que en principio no estaba destinado a la producción lechera y en cuyo contrato de arrendamiento tampoco se obliga al arrendatario a que desarrollase este tipo de actividad. En este caso, ¿puede entenderse que existía o que se había arrendado una explotación a efectos de tener derecho a que, una vez implantado el sistema de la tasa suplementaria, se asignase una cuota? La respuesta era importante, porque en el futuro podía dejar sin derecho a obtener la asignación de una cuota o poder transferirla a un conjunto de explotaciones o creadas sobre terrenos en un principio no destinados a la producción de leche, o de carácter mixto, en donde junto a la actividad lechera se desarrollaban otras de tipo ganadero o agrícola.

Esta cuestión se planteó en el asunto Wachauf, en donde precisamente se trataba de dilucidar si un arrendatario alemán de un terreno en principio no destinado a la producción lechera, adaptado, con su trabajo e inversiones para dicho fin, podía pretender que se le concediese una cuota al entrar en vigor el sistema de cantidades de referencia.

El TJCE, apoyado por el informe de su Abogado general Jacobs, destacó que era una evidencia que este concepto, en un caso de arrendamiento, no está subordinado a un requisito suplementario consistente en que los elementos arriba indicados como necesarios para que exista una explotación lechera hayan sido, necesariamente, aportados por el arrendador, ni tampoco que dichas unidades de producción estén específicamente afectadas, en virtud del contrato de arrendamiento, a la producción de leche. Y es que a la claridad de la norma debía añadirse otro argumento más, ya señalado por la Comisión y el Gobierno británico en sus alegaciones presentadas durante el litigio, al destacar que la misma finalidad de la normativa comunitaria y la realización de su efecto útil exigía que esto fuese así, es decir, que el concepto de explotación no se redujese sólo a aquellas explotaciones exclusivamente dedicadas a la producción

---

<sup>20</sup> Vid. Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1989, As 5/88, Hubert Wachauf c/República Federal de Alemania. R. 1989, pp. 2609 y ss.



lechera y habilitadas a dichos efectos por el propietario de las tierras, so pena de que quedasen fuera del campo de aplicación de la reglamentación comunitaria sobre la cuota láctea<sup>21</sup> un conjunto bastante amplio de transferencias de fincas que afectarían a dos grandes grupos:

1. Aquellos casos, ya señalados, y del cual es buen ejemplo el caso del Sr. Wachauf, en donde el arrendatario aporta su ganado e instalaciones y sus inversiones para habilitar la explotación para la producción lechera y el arrendador se limita a poner a su disposición simplemente el terreno<sup>22</sup>.

2. Los casos de arrendamiento de explotaciones «mixtas», entendiéndose por tales aquellas que compaginan la producción de leche con la explotación de tierras de cultivo u otros tipos de agricultura<sup>23</sup>.

Esta tesis venía además reforzada, tal y como habían puesto de relieve estas mismas partes, por el hecho de que al usarse la expresión «situadas» en el texto legal, se sobreentiendía que siempre se estaba haciendo referencia a bienes inmuebles y no a ganado o maquinaria, de los cuales, como destacaba el Gobierno británico en sus alegaciones, se puede pedir que al menos sean aptos para la producción lechera<sup>24</sup>, es decir, que no sean terrenos forestales o pantanosos.

#### IV. LOS COMIENZOS DEL SISTEMA DE CUOTAS

##### 1. LA INSTAURACIÓN DEL SISTEMA DE CUOTAS

La instauración del sistema de cuotas en 1984 suponía que se iba a asignar una cuota a cada explotación con base en la producción que había tenido la misma durante un año de referencia, a elegir por cada Estado miembro, entre 1981, 1982 ó 1983. La explotación durante el año de referencia elegido podía haber sido transferida una o varias veces en concepto de arrendamiento. Desde esta perspectiva, era posible imaginar que la explotación fuese arrendada una o varias veces durante ese año, cambiando la titularidad de la persona a cargo de la misma o que el arrendamiento finalizase y que la explotación volviese a manos del arrendador o que, incluso, fuera vendida a una tercera persona. En principio, el legitimado para solicitar la asignación de la cuota era la última persona que durante ese año ostentase la titularidad de la explotación: es decir, en el supuesto más sencillo de que ocurriese una única transmisión por arrendamiento durante el año, dicho legitimado sería el arrendatario. El problema que se

---

<sup>21</sup> Obstaculizándose así de un modo excesivo la actividad económica tal y como había puesto de relieve el Gobierno británico en sus alegaciones presentadas en este caso. Sentencia Wachauf citada, p. 2617.

<sup>22</sup> *Vid.* Sentencia Wachauf citada, pp. 2616 y 2628.

<sup>23</sup> *Ibidem*, considerando 9 a 11. Ver a este respecto el informe del Abogado general Jacobs presentado en este asunto.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 2617.

presentaba a la hora de solicitar la asignación de una cuota residía en saber si el arrendatario entrante podía solicitar dicha cuota sumando a la cantidad de leche que hubiese producido durante la parte del año de referencia en que él ya poseía la finca, la cantidad producida por su predecesor o predecesores (el mismo arrendador u otro, u otros arrendatarios) durante los meses de dicho año anteriores al comienzo de su contrato<sup>25</sup>, lo cual era como aplicar el principio sentado por el artículo 7 del R. 857/84 a estos supuestos de transferencias producidas justo antes de entrar en vigor el régimen de cuotas.

Antes de nada, hay que destacar que el artículo 7 del R. 857/84 no regulaba esta cuestión, al referirse únicamente al supuesto de que una cantidad de referencia ya se hubiese atribuido a un beneficiario, es decir, al supuesto de transmisiones de explotación que han tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del régimen de la tasa suplementaria<sup>26</sup>. Dicho con otras palabras, existía una laguna legal que conllevaba la consecuencia de que el arrendatario que adquiriese la explotación durante el año de referencia no podría solicitar una cuota que incluyese toda la cantidad de leche producida a lo largo del mismo por sus predecesores (el arrendador u otros posibles arrendatarios que hubiesen finalizado su contrato), perdiendo así una parte de la cuota potencial que sería capaz de cubrir la explotación, llegando, en determinados casos extremos, a poner en peligro la rentabilidad de la misma en lo que a la actividad lechera se refiere.

Esta laguna fue rápidamente cubierta con el R. 1371/84 cuyo artículo 5.2, al establecer que los Estados miembros «podían» aplicar las disposiciones relativas a la transferencia de las cantidades también en el supuesto de cambios en la gestión de una explotación que hubiesen tenido lugar durante y después del período de referencia; cambios ocurridos, por tanto, antes de la entrada en vigor del régimen de cuotas. Esta afirmación legal fue confirmada por la jurisprudencia en la Sentencia Kühn<sup>27</sup> en donde el TJCE dispuso al respecto que las transmisiones de explotación que hubieran tenido lugar antes de la entrada en vigor del régimen de la tasa suplementaria sólo implicarían la transferencia de las correspondientes cantidades de referencia en la medida en que el Estado miembro de que se trate hubiese previsto tal efecto haciendo uso, para ello, de la habilitación expresa prevista en el párrafo segundo del citado artículo 5 del R. 1371/84.

---

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, si el año de referencia era 1981, un propietario de una explotación láctea, podía haber estado produciendo leche de enero a marzo, luego haberla alquilado de abril a junio a un primer arrendatario para después, por el motivo que fuese, cesar este primer contrato y alquilar por último a un segundo arrendatario que retomaría la producción de julio hasta el final de ese año. La duda residiría aquí en saber si este último, a la hora de solicitar la asignación de la cantidad de referencia, podía computar lo producido durante los meses anteriores por el propietario y por el primer arrendatario de enero a junio de 1981.

<sup>26</sup> *Vid.* Sentencia Le Nan citada, p. 265.

<sup>27</sup> Véase Sentencia del TJCE de 10 de enero de 1992, As C-177/90. Ralf-Herbert Kühn c/Landwirtschaftskammer Weser-Ems. R. 1992, pp. 35 y ss.

Solamente, en tal caso, para la determinación de la cantidad de referencia asignada al nuevo arrendatario, deben tenerse en cuenta las entregas de leche que, durante el año de referencia considerado por el Estado miembro de que se trate, hubiera efectuado el arrendatario que anteriormente administrara la explotación. De este modo, dicho precepto, en relación con el artículo 7.1 y 4 del R. 857/84, debía interpretarse en el sentido de que se confería a los Estados miembros la facultad, pero no la obligación, de atribuir, a un arrendatario que se hubiese hecho cargo de la administración de una explotación antes de la entrada en vigor del régimen de la tasa suplementaria, una cantidad de referencia que tenga en cuenta las entregas de leche efectuadas durante el año de referencia por el arrendatario que administraba anteriormente la explotación. La doctrina jurisprudencial sentada en este asunto es extensible, por analogía, al caso en que la finca se transfiere directamente del arrendador al arrendatario y, de hecho, en el asunto *Le Nan* se aplicó al supuesto contrario, es decir, al caso en que se produce la finalización del contrato de arrendamiento y la explotación vuelve a su antiguo propietario el cual decide venderla a un tercero.

## 2. LA SITUACIÓN DE LOS PRODUCTORES SLOM<sup>28</sup>

Cuando en 1984 se introdujo el sistema de cuotas, tal y como hemos visto antes, ciertos productores de leche estaban en aquel momento acogidos a una normativa comunitaria establecida para fomentar el cese temporal de la producción lechera. Dichos productores, al finalizar su compromiso y querer reanudar la producción de leche en 1984, o después de ese año, se encontraron sin derecho a cuota, dado que su producción durante el año de referencia era cero. Esta injusticia, resultante de la falta de previsión de la normativa comunitaria sobre cuotas, supuso que el TJCE declarase nula la negativa de la Comisión de asignar una cuota a estos productores, debiéndose dictar una reglamentación específica para paliar dicho problema. Los productores afectados podían tener acceso a una cuota, pero para ello debían introducir una solicitud de concesión de una cantidad de referencia y demostrar que habían reanudado la actividad productiva.

Esta problemática, cuyos efectos en el plano jurídico perduran todavía en la actualidad, como vamos a tener ocasión de ver más adelante, adquirió una gran complejidad cuando el productor afectado era el arrendatario de la explotación, o el propietario que, a su vez, la había arrendado al finalizar su compromiso de cese de la producción lechera.

---

<sup>28</sup> Con esta sigla se hace referencia en lengua holandesa (*Slacht en Omschakelings regeling*) al nombre del Reglamento (CEE) núm. 1078/77 del Consejo, de 17 de mayo de 1977, sobre el establecimiento de un régimen de primas de no comercialización de leche y productos lácteos y reconversión del ganado bovino de orientación lechera. Estas siglas han servido para designar a los productores lecheros que, acogidos a esta normativa, se vieron gravemente afectados por la instauración del régimen de cuotas en 1984.

Podía ocurrir que quien se acogió a las primas por no comercialización fuese el arrendatario y no el propietario de la explotación lechera, deseando reanudar su producción lechera. En este caso, el arrendatario es quien claramente tiene derecho a solicitar la asignación de una cuota para la tierra que explota, al encontrarse en una posición análoga a la del propietario. Pero, puede ocurrir, que el arrendatario, al finalizar su compromiso se encuentre con que no puede volver a desarrollar la actividad productiva en la antigua explotación que gestionaba en el momento de adquirir dicho compromiso de cese temporal de la producción, y que decida arrendar una nueva tierra, surgiendo entonces la duda de si tiene derecho, en cuanto productor SLOM, a poder solicitar la asignación de una cuota con base en esta normativa aunque no detente ya las mismas tierras que poseía en el momento de adquirir dicho compromiso. En el asunto Herbrink, el TJCE dispuso que en este supuesto es aplicable por analogía lo establecido en el artículo 7.4 del R. 857/84, más arriba citado, de tal modo que el arrendatario podría solicitar dicha cuota si el Estado miembro hubiese previsto una normativa nacional específica que permitiese expresamente que el arrendatario que abandona una explotación se pudiese llevar consigo la cuota en un principio correspondiente a la finca introduciéndose así una excepción al principio de la vinculación de la cuota a la tierra. En un reciente Auto de 1997<sup>29</sup> el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea ha venido a confirmar esta doctrina al destacar que el hecho de que la normativa comunitaria dictada para resolver el problema de los productores SLOM<sup>30</sup> no equiparase en derechos a los arrendatarios y arrendadores no constituye una ilegalidad invalidante de la misma susceptible de engendrar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Comunidad y el deber de pagar una indemnización por este motivo.

## V. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

### 1. INTRODUCCIÓN

Hemos visto antes como el artículo 7 del R. 857/84 establecía que la transmisión de una explotación por arrendamiento implicaba la transferencia de la cuota adscrita a la misma. Sin embargo, esta normativa no permite solucionar todos los problemas presentados en la práctica, ya que estaba pensada para reglamentar exclusivamente el supuesto más sencillo

<sup>29</sup> Auto del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea de 21 de marzo de 1997, (As T-179/96 R., J. Antonissen c/Consejo de la Unión Europea).

<sup>30</sup> Reglamento (CEE) núm. 764/89 del Consejo de 20 de marzo de 1989, modificativo del Reglamento núm. 857/84 en virtud del cual se otorgaron cantidades de referencia específicas a los productores SLOM. DOCE de 29 de marzo de 1989, núm. L 84/2.

en que el arrendador ha cedido al arrendatario una explotación que goza ya de una cantidad de referencia atribuida. De este modo, la normativa presentaría una serie de lagunas importantes, tesis que quedó confirmada ya no sólo, como vamos a ver en varias ocasiones, con los hechos sino también con un reconocimiento expreso, primero por parte del Abogado general Jacobs en el asunto Wachauf y, segundo, por parte del propio TJCE en el asunto Kühn, al reconocer en un comentario a la Sentencia Wachauf<sup>31</sup> que las disposiciones del R. 857/84 se refieren

«únicamente al supuesto de que una cantidad de referencia se haya atribuido ya a un beneficiario, es decir, al supuesto de transferencia de explotaciones ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor del régimen de la tasa suplementaria.»

No existía, por lo tanto, en la normativa una afirmación expresa en virtud de la cual se dispusiese que al final del contrato de arrendamiento la cuota o cantidad de referencia vinculada a la finca que se ha de restituir, debía ser devuelta con la misma. Las dudas a la hora de saber si existiría una transferencia, también en este supuesto de devolución, se acrecentaban considerablemente en aquellos casos en que no se había arrendado una explotación lechera ni el contrato de arrendamiento obligaba a que éste fuera el destino de las tierras cedidas.

Fue en el asunto Wachauf donde se presentó precisamente este problema al arrendar el Sr. Wachauf una finca que previamente no estaba dedicada a la actividad lechera y que él había adecuado, realizando unas importantes inversiones en la misma, con dicho fin. Terminado el contrato de arrendamiento, el Sr. Wachauf decidió solicitar una indemnización por abandono de la producción lechera, encontrándose ante la negativa de las autoridades alemanas por no reunir determinados requisitos. Estando recurrida esta decisión administrativa el Juez nacional encargado del asunto decidió plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE, pidiendo aclaración justamente sobre si, en este caso concreto, a la luz de la legislación comunitaria sobre cuotas, también debía entenderse que se estaba produciendo una transferencia de cuota al amparo de dicha normativa. El TJCE recordó en primer lugar que, con base en dichos preceptos,

«resulta que el legislador comunitario ha pretendido que, en principio, la cantidad de referencia se atribuya al final del contrato de arrendamiento al arrendador que se hace cargo nuevamente de la explotación, con la salvedad, sin embargo, de la facultad reservada a los Estados miembros de asignar la totalidad o parte de la cantidad de referencia al arrendatario saliente». Además, destacó cómo era de aplicación el artículo 5.3 del R. 1371/84, en virtud del cual se considerarán también casos de transferencia de cuota aquellos que «por analogía»... vayan acompañados de efectos jurídicos semejantes para los productos

---

<sup>31</sup> Vid. Sentencia Kühn citada, considerando 22.

res». De este modo, el Alto Tribunal entendía que «la devolución al término del contrato de arrendamiento de una explotación arrendada produce efectos jurídicos comparables» en el sentido de esta norma, ya que «las dos operaciones suponen un cambio de la posesión de las unidades de producción de que se trata en el marco de las relaciones contractuales creadas por el arrendamiento»<sup>32</sup>.

Esta doctrina ha sido reiterada en una reciente Sentencia de enero de 1997<sup>33</sup> en donde el TJCE ha proclamado que dicho principio se aplica igualmente cuando se ha arrendado una explotación asentada en dos Estados miembros siempre y cuando se diesen dos condiciones:

1. La cantidad de referencia hubiese sido desde un principio asignada por las autoridades de uno de los dos Estados afectados.
2. Que las autoridades de ese Estado aceptasen computar a la cuota asignada a nivel nacional<sup>34</sup> la totalidad de la producción de la explotación, incluyendo también aquella parte correspondiente a los terrenos situados fuera del territorio de dicho Estado.

En el caso de que esto no se haya hecho así, no es posible ni imputar lo producido en el conjunto de la explotación a la cantidad de referencia de un único Estado<sup>35</sup>, ni tampoco transferirlo como cuota.

## 2. EL REPARTO DE LAS CANTIDADES DE REFERENCIA

Hemos visto cómo para la jurisprudencia comunitaria, la finalización un contrato de arrendamiento supone una situación que da lugar a una transferencia de la cuota. Ahora bien, la realidad nos muestra que esa transferencia puede ser total (como ocurrió en el caso Wachauf) o parcial (como ocurrió en el asunto Posthumus<sup>36</sup>). Sin embargo, el principal problema interpretativo se presenta en este último caso, dado que surge la cuestión de saber cómo se ha de repartir la cuota que está adscrita a la

---

<sup>32</sup> Vid. Sentencia Wachauf citada, considerandos 13 a 15 y p. 2619.

<sup>33</sup> Véase Sentencia del TJCE de 23 de enero de 1997, As C-463/93. *Katholische Kirchengemeinde St. Martinus Elten c/Landwirtschaftskammer Rheinland*.

<sup>34</sup> Denominada en la normativa comunitaria «cantidad global garantizada», la cual se establecía como límite máximo que no podía superar la suma del conjunto de cuotas asignadas a cada productor o industria lechera individualmente.

<sup>35</sup> Esto fue precisamente lo que ocurrió en el asunto Graff (Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1994, As C-351/92. *Manfred Graff c/Hauptzollamt Köln-Rheinau*. R. 1994, pp. 3361 y ss.), en donde un productor alemán pretendía imputar a la cuota que tenía asignada en Alemania la suma de la producción de leche obtenida en una explotación que detentaba en Alemania y de la obtenida en una finca que había pasado a poseer en Bélgica como subarrendatario y cuya producción hasta entonces era contabilizada en la cantidad de referencia asignada a Bélgica.

<sup>36</sup> Vid. Sentencia del TJCE de 6 de diciembre de 1991, As C-121/90. *Jeen Lolkes Posthumus c/Rinze Oosterwoud y Anne Oosterwoud*. R. 1991, pp. 5833 y ss.

totalidad de una explotación, complicándose aún más la situación cuando a la finalización de un arrendamiento nos encontramos, con una explotación, en donde una parte el productor la explota en calidad de propietario y la otra como arrendatario, debiendo devolver esta última pero teniendo asignada una cuota con referencia al conjunto de la finca. La normativa comunitaria indicaba en un principio dos posibles criterios de reparto:

1. Que la transferencia se realizase «con arreglo a las superficies utilizadas para la producción de leche».

2. De acuerdo con «otros criterios objetivos establecidos por los Estados miembros».

La interpretación del alcance exacto de estas dos opciones presentó ciertas dudas que fueron analizadas en profundidad, por vez primera, en el asunto *Posthumus*. Se trataba de un litigio en donde dos ganaderos tenían arrendada una parcela que formaba parte de una explotación mayor de su propiedad, sobre la cual desarrollaban una actividad de producción de leche teniendo asignada una cantidad de referencia. A la expiración del contrato de arrendamiento sobre dicha parcela, el propietario de la misma, el Sr. *Posthumus*, decidió no renovar el contrato. Los antiguos arrendatarios decidieron continuar con su producción de leche en el resto de la explotación, pero el Sr. *Posthumus* comenzó también la misma actividad en la parcela que le fue devuelta, solicitando que se le transfiriese la cuota que correspondía a la citada finca. Se planteaba entonces la duda de saber si en un caso como el presente (en donde, además, el Estado miembro no había hecho uso de las habilitaciones contenidas en el artículo 7.4 del R. 857/84) el arrendatario saliente debía ceder, en su caso a título oneroso, una parte de su cuota simplemente en la misma proporción que guardase la superficie de terreno devuelta con la superficie total de terreno perteneciente a la antigua explotación. Es decir, que si se devolvía una 10 por 100 de la tierra que componía la extensión total de la explotación se debía transferir un 10 por 100 de la cuota asignada a la misma, sin que dichos porcentajes pudiesen corregirse, en más o en menos, por el hecho de que ese terreno que debía devolverse hubiera podido, en virtud de su destino específico (como pasto, con instalación de edificios, etc.), contribuir en mayor o menor medida a producir más o menos del 10 por 100 de la cantidad de leche producida en la explotación. También se cuestionaba si podían considerarse como criterios objetivos a establecer por los Estados miembros los basados en circunstancias de hecho verificables, tales como la presencia de edificios, maquinaria o similares.

Antes de nada, conviene resaltar que este asunto tuvo una gran trascendencia, porque permitió fijar con claridad el sentido de ambos supuestos. En primer lugar, en relación con la primera posibilidad, el criterio de la superficie, calificado por el Abogado general Jacobs en el informe que presentó ante el TJCE, como «norma fundamental», hay que decir que existían dos visiones claramente enfrentadas. Por un lado, la defendida por el Gobierno británico, quien consideraba que el reparto de la cuota

según este criterio, debía realizarse atendiendo a la contribución relativa que ese terreno concreto hubiera aportado a la producción total de leche de la explotación. Es decir, se partía de la base que no todas las superficies de una finca contribuyen de la misma manera a la actividad productiva, siendo más determinantes unas que otras. Frente a esta interpretación extensiva, tanto la Comisión como el Abogado general preconizaban una interpretación más ajustada tanto al texto como a la sistemática de la norma al considerar que, en este caso, la transferencia de la cuota se tenía que realizar atendiendo exclusivamente a la superficie transferida sin tener en cuenta la importancia que podía tener la misma en la producción total de leche de la finca, aunque reconociendo (en virtud de una interpretación de la jurisprudencia Wachauf, que como luego veremos no confirmó la Sentencia Bostock) la obligación de los Estados miembros de prever una indemnización del arrendatario en el caso de que la aplicación de este criterio puramente territorial pudiese llevar a una situación injusta o a la pérdida de los gastos e inversiones que hubiese realizado el arrendatario para que el terreno arrendado contribuyese a producir la cuota.

El TJCE aprovechó la ocasión para esclarecer todos los puntos en litigio, pero comenzó tratando de dejar clara la jerarquía existente entre ambas posibilidades, resaltando cuál era el criterio principal y cuál el subsidiario. Así, destacó como un examen comparado de las diferentes versiones lingüísticas del artículo 7.2 del R. 1546/88 ponía de manifiesto que los Estados miembros gozaban de una libertad para fijar los criterios conforme a los cuales se debería repartir la cuota en estas circunstancias, siempre y cuando se basasen en criterios objetivos. A falta de fijación de los mismos, de acuerdo con el texto claro de la normativa, la distribución de la cuota debía hacerse estrictamente

«en función de las superficies utilizadas para la producción de leche, sin que se pudiese tener en cuenta otros elementos, como los edificios que forman parte de la explotación<sup>37</sup>.»

Esta doctrina sentada por el TJCE, implicaba que la tesis del Gobierno británico no era aceptable, pero abría una nueva polémica, expuesta y resuelta en el asunto Knüfer<sup>38</sup>, en la medida en que en la Sentencia Posthumus no quedaba claro con qué amplitud había que interpretar la expresión «superficie» a la hora de proceder al reparto de la cuota a la finalización del contrato de arrendamiento. Así, podía entenderse que, o bien sólo había que tomar en cuenta la superficie que contribuye directamente a la producción de leche, entendiendo por tal la forrajera, es decir, pastos y praderas (tesis de la Comisión), o bien que, además, debían contabilizarse los terrenos que también contribuyesen indirectamente a la producción de leche, incluyéndose en tal concepto, aparte de las superficies forrajeras,

<sup>37</sup> *Ibidem*, considerando 11.

<sup>38</sup> Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1992, As C-79/91. Walter Knüfer y Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland c/Walter Buchmann. R. 1992, pp. 6895 y siguientes.



las superficies en donde estuviesen instalados los edificios para establo, ordeño del ganado, almacenes, vivienda del productor y los caminos que comunican unas partes con otras de la explotación, tesis defendida por el Abogado general Jacobs en el informe que presentó en este caso y corroborada por el TJCE, destacando cómo no puede «efectuarse ninguna distinción según la naturaleza de la utilización de dichas superficies»<sup>39</sup>.

Esta sentencia también sirvió para confirmar algo que ya se había anticipado en el asunto *Posthumus*, y es que, cuando se transfiera una explotación láctea o parte de la misma en donde, además, existan terrenos dedicados a bosque o pantano o a cultivos que no contribuyan de ningún modo a la producción de leche (en este último caso se trata de explotaciones mixtas), su superficie no computa a la hora de determinar la parte de cuota que se ha de transferir dado que el TJCE ha puesto de relieve que no son superficies que se «utilicen» para la producción de leche<sup>40</sup>.

Finalmente, en lo relativo a lo que ha de entenderse por criterios objetivos, el TJCE retomó el concepto aportado por el Gobierno británico en sus alegaciones, al destacar que dichos criterios debían ser «verificables», es decir, fijados con carácter general y con antelación e independientes de la voluntad de los productores interesados, debiendo vincularse a las características de cada explotación o de las actividades agrícolas desempeñadas en esta última. El Abogado general Jacobs, por su parte, aun estando de acuerdo con esta fórmula, aprovechó la ocasión para indicar que aquí sí sería aplicable la interpretación propuesta por el Gobierno británico para aplicar el criterio de la superficie tal y como antes hemos explicado.

Otra cuestión que se discutió durante el pleito hizo referencia a si era posible considerar como criterio objetivo, para repartir la cuota, el simple acuerdo privado entre las partes afectadas, pudiendo equilibrarse el mismo acordando el pago de una indemnización. Esta posibilidad, aceptada en la normativa holandesa, era vista con buenos ojos por la Comisión, pero criticada por el Abogado general, el cual destacó cómo se pondrían en cuestión los fundamentos del régimen general sobre la cuota láctea al dejarse en manos de los particulares una potestad (fijar la cantidad de referencia que ha de corresponder a cada parte en caso de transferencia) que, por expreso deseo del legislador comunitario, correspondía a los Estados miembros. Esta última opinión fue compartida expresamente por el TJCE al subrayar en la Sentencia *Posthumus*<sup>41</sup> que no se podían entender como criterios objetivos los fijados de común acuerdo por las partes.

Pasando ya a examinar la legislación actualmente en vigor, hay que poner de relieve que el artículo 7.1 del R. 3950/92 ha añadido, a los criterios señalados en la normativa ya derogada que acabamos de examinar, precisamente como tercera modalidad de reparto, la «existencia, en su caso, de un acuerdo entre las partes». La introducción de esta posibilidad

<sup>39</sup> *Ibidem*, considerandos 12 a 14.

<sup>40</sup> *Ibidem*, considerando 12.

<sup>41</sup> *Vid.* Sentencia *Posthumus* citada, considerando 13.

supone elevar como criterio independiente de reparto de la cuota lo que antes se rechazaba en virtud de la Sentencia Posthumus como criterio objetivo. La introducción de este nuevo criterio puede plantear la duda de saber si debe aplicarse preferentemente, con relación a los otros dos, porque así lo desea el legislador comunitario, o si cada Estado miembro tiene plena libertad para establecer la jerarquía que desee en su normativa interna, siendo simplemente una opción que se le presenta de incluirlo como alternativa posible, pero no obligatoria, frente a los criterios tradicionales. Quizás, la primera hipótesis sea la correcta, dado que la exposición de motivos del R. 3950/92 establece que las normas nacionales se aplicarán para salvaguardar los intereses legítimos de las partes «en caso de no existir acuerdo entre las mismas», lo cual parece indicar que debe tomarse en consideración primero la existencia de dicho acuerdo. Además, esta interpretación puede contribuir a facilitar y acelerar la resolución de conflictos, evitando el tener que recurrir en el momento de hacer el reparto a la interpretación de unas normas nacionales que pueden plantear más problemas que aportar soluciones.

En lo que respecta a la normativa española, hay que destacar que este precepto del R. 3950/92 ha sido recogido en el artículo 14 del Real Decreto de 28 de febrero de 1994, número 324/1994<sup>42</sup> en donde se establece que el reparto de la cuota en caso de transferencia se realizará «teniendo en cuenta la capacidad de los establos y demás instalaciones auxiliares, así como la superficie de pastos y cultivos que se estén utilizando en la producción lechera y, en su caso, la existencia de un acuerdo entre las partes». Esta norma ha sido desarrollada por Real Decreto de 2 de diciembre de 1994, número 2307/1994<sup>43</sup>, en cuyo artículo 4 se indica que ha de tomarse en consideración en el caso de que se apliquen los criterios objetivos «la carga ganadera por hectárea de superficie forrajera de la explotación, tomando la media de los censos de ganado vacuno y las superficies forrajeras de los últimos tres años de la misma». Hay que advertir que en la práctica estos criterios no se aplican habitualmente, al ser más corriente que las partes alcancen un acuerdo al respecto.

### 3. LA REALIZACIÓN DE MEJORAS EN LA FINCA

Es quizás el problema más interesante referente a la aplicación de esta normativa pero, a la vez, el más difícil de resolver. Hemos visto antes que cuando termina un contrato de arrendamiento y no hay derecho a prórroga, normalmente, tanto la tierra como la cuota, en virtud del principio de vinculación, pasan de un modo automático al arrendador. Lo injus-

<sup>42</sup> Vid. AR. 1994. BOE de 1 de marzo de 1994 (núm. 51).

<sup>43</sup> Vid. AR. 1994. BOE de 3 diciembre de 1994 (núm. 289). Resulta interesante la comparación de estos criterios con los enumerados por la Comisión en el asunto Posthumus (pp. 5842 y 5843).

to de esta situación radica, tal y como se ha puesto de manifiesto de un modo paradigmático en el asunto Wachauf, en el hecho de que puede perfectamente ocurrir que la cuota atribuida por la autoridad competente en el fondo se haya adquirido no en virtud del trabajo e inversiones del arrendador (que se limitó a arrendar la tierra, sin más y sin existir previamente una explotación lechera) sino del arrendatario, que con su esfuerzo adaptó la finca a la actividad de producción de leche. De este modo, la aplicación de la normativa comunitaria existente en un principio suponía que la cuota, unida inevitablemente a la tierra en donde se asentaba la explotación lechera, iba a parar al arrendador al finalizar el contrato, sin tener ninguna posibilidad el arrendatario de obtener, al menos, una indemnización.

En un principio, con la normativa originariamente en vigor en la mano sólo cabían dos posibilidades para paliar esta situación:

1. Que el Estado miembro hubiese hecho uso de la habilitación que le concedía el artículo 7.4 del R. 857/84. Es decir, que se hubiese previsto en la normativa nacional el traspaso de la cuota a manos del arrendatario a la finalización del contrato y siempre en las condiciones previstas en dicha legislación. El problema aquí radicaba en que se trataba de una facultad en manos del poder discrecional de los Estados miembros, con lo que podía ejercerse (teniendo entonces el arrendatario derecho a conservar la cuota) o no.

2. Que el Estado miembro, en aplicación del artículo 4,1 del R. 857/84, hubiera previsto la concesión de indemnizaciones por abandono definitivo de la producción lechera. Estas indemnizaciones podían pagarse al arrendatario, pero para poder concederlas la cuota debía pasar a la reserva nacional<sup>44</sup>, con lo que el propietario del terreno iba a perder la cantidad de referencia definitivamente en virtud del principio de vinculación. En aquellos casos en que el arrendador no tenía intención de dedicarse a la producción de leche, dicha pérdida no tenía importancia, sin embargo, dada la revalorización que experimentaba una finca al serle atribuida una cuota (al aumentar sus usos, ya que la posesión de una cuota es el único modo de hacer rentable una explotación lechera) normalmente el arrendador se negaría a perderla bien para emprender él mismo la producción lechera, bien para arrendar la tierra con su cuota. Dicha negativa sería todavía más contundente cuando la finca se arrendó como explotación lechera previamente habilitada al efecto por el arrendador.

---

<sup>44</sup> La normativa comunitaria sobre cuotas había previsto la posibilidad de que a ciertas categorías de productores que se encontraban en circunstancias especiales se les atribuyese una cuota suplementaria a la que les podría corresponder con la pura y simple aplicación del sistema normal tomando en consideración de lo producido durante un determinado año de referencia. Con el fin de poder disponer de estas cantidades extraordinarias se ideó la creación de reservas nacionales que se nutrirían, entre otras fuentes, de las cuotas asignadas en un principio a ciertos productores que posteriormente podrían estar dispuestos a abandonar definitivamente la producción lechera a cambio de una indemnización. De este modo la cantidad de referencia cedida por el productor saliente podía transferirse, vía reserva nacional, a aquellos otros productores en una situación especial.

Por este motivo las normas nacionales condicionaban el cobro de una indemnización por el arrendatario, con el consiguiente paso a la reserva de la cuota, a que el propietario del terreno aceptase expresamente este resultado.

Con este marco jurídico, nos volvíamos a encontrar tal y como señalaba el Abogado general Jacobs en el caso Wachauf, ante una laguna del Derecho comunitario, surgiendo la duda de saber si era contrario a dicha normativa el hecho de que la legislación nacional no previese algún tipo de indemnización para los arrendatarios que se encontrasen en la situación del Sr. Wachauf, es decir, para aquellos arrendatarios que han alquilado una finca no destinada a la producción de leche y reconvertida para dicho fin gracias a su trabajo e inversiones. El Juez nacional ponía de relieve cómo en este caso, por efecto del citado artículo 5.3 del R. 1371/84, se producía el efecto de que el arrendatario veía cómo el fruto de su trabajo y las inversiones que había realizado iban a manos ajenas sin indemnización alguna, lo cual debía interpretarse como una auténtica violación de ciertos derechos fundamentales. Por consiguiente, el Juez nacional que estaba conociendo del asunto planteó al TJCE, en vía prejudicial, la cuestión de saber si la normativa comunitaria era ilegal al no prever una indemnización *ad hoc* en este caso, constituyendo una violación de los derechos fundamentales (en concreto el derecho a la propiedad, no siendo despojados los productores del fruto de su trabajo sin indemnización, y el derecho a no sufrir una discriminación)<sup>45</sup>.

El TJCE era consciente de que dicha interpretación del artículo 5.3, en combinación con las otras normas comunitarias, podía conllevar la ilegalidad de la misma, por lo que se reconocía como incompatible con los derechos fundamentales en el Ordenamiento comunitario una interpretación de esta normativa que tuviese tal efecto. Sin embargo, el TJCE consideraba que, pese a todo, era posible interpretar la normativa comunitaria de manera conforme a la protección de los citados derechos evitando ese posible «despojo». De este modo, se destacaba cómo en virtud de la reglamentación comunitaria «las autoridades nacionales gozaban de un margen de apreciación suficientemente amplio, que les permite aplicar dicha normativa en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales»<sup>46</sup>. Con vistas a dicho fin los Estados miembros tenían las siguientes posibilidades:

1. Hacer uso de la habilitación del artículo 7.4 a la que antes hemos hecho referencia.
2. Reconocer en la normativa nacional al arrendatario saliente, cuando se comprometa a abandonar definitivamente la actividad produc-

---

<sup>45</sup> El TJCE ha garantizado en su jurisprudencia el control de la normativa comunitaria con el fin de velar por su conformidad con los derechos fundamentales tal y como están proclamados en las Constituciones de los Estados miembros y en ciertos instrumentos internacionales. *Vid.* Sentencia del TJCE de 18 de junio de 1991, As C-260/89, ERT. R. 1991, pp. 2963 y ss., considerandos 41 a 45.

<sup>46</sup> Véase Sentencia Wachauf citada, considerando 22.

tora, una indemnización, cuando la importancia de la contribución del arrendatario a la realización de la producción lechera de la explotación lo justifique. En este supuesto, la cantidad tomada en consideración para el cálculo de la indemnización debería asimilarse a una cantidad devuelta y no podría ponerse a disposición del arrendador que se hiciese cargo de la explotación. Su aplicación se extendería tanto a los casos de transferencia total de la explotación como parcial, tal y como puede deducirse de la jurisprudencia *Posthumus*. Esta indemnización se configuraba como una alternativa a la prevista en el artículo 4 del R. 857/84, a la cual hemos hecho antes referencia.

Ahora bien, ¿qué ocurriría en el caso de que un Estado miembro no hiciese uso de ninguna de las posibilidades que la normativa comunitaria le ofrecía?, ¿un arrendatario que se encontrase en la situación del Sr. Wachauf podría, invocando esta sentencia, la normativa comunitaria que hemos visto y los derechos fundamentales protegidos en el Ordenamiento jurídico comunitario, solicitar una indemnización ante un Tribunal nacional, pese a la falta de regulación nacional, haciéndose al Estado responsable de la falta de la misma?, ¿debía interpretarse esta doctrina jurisprudencial en el sentido de que los Estados miembros estaban obligados en virtud del Derecho comunitario a regular y prever la concesión de una indemnización? Tras una relectura de la Sentencia Wachauf podría pensarse que la respuesta a estas preguntas debía ser positiva<sup>47</sup> sin embargo, esta interpretación es errónea, tal y como se demostró tiempo después en un caso parecido: el asunto *Bostock*. El señor Bostock había arrendado una explotación agraria desde 1962, la cual comprendía una cabaña de cuarenta vacas, así como el equipamiento correspondiente. A lo largo de los años fue aportando mejoras substanciales a la explotación, en particular aumentó la capacidad de producción de leche durante el año 1967. Como consecuencia del establecimiento del régimen de la tasa suplementaria se asignó a la explotación una cantidad de referencia. Al poco tiempo se resolvió el contrato de arrendamiento, de tal modo que en aplicación del artículo 5.3 del R. 1371/84 antes citado, la cantidad de referencia fue transferida al propietario, no pagándosele al arrendatario ninguna indemnización por este motivo, dado que la normativa británica aplicable al caso no lo preveía. Al año siguiente, una reforma legislativa estableció expresamente la obligación de los arrendadores de indemnizar en este caso al arrendatario saliente, pero esta reforma no se aplicó con carácter retroactivo, de tal manera que los casos de resolución de contratos de arrendamiento producidos entre abril de 1984 y septiembre de 1986 se encontraron sin derecho alguno al cobro de la citada indemnización, como era el caso del señor Bostock, quien decidió impugnar ante los tribunales esta situación. El demandante consideraba, en primer lugar, que en virtud de la jurisprudencia Wachauf quedaba claro que todo Estado

---

<sup>47</sup> Y esto es así sobre todo si se tiene en cuenta la postura defendida por la Comisión en la sentencia *Posthumus* citada, p. 5842.

miembro debía establecer las medidas adecuadas para que en estos casos los arrendatarios salientes tuviesen derecho a algún tipo de indemnización. La diferencia entre este asunto y el que dio pie a la jurisprudencia Wachauf radicaba, fundamentalmente, en el hecho de que aquí no se trataba de enjuiciar la normativa comunitaria con respecto a los Derechos fundamentales, sino una normativa nacional con respecto a dichos derechos tal y como son protegidos por el Ordenamiento jurídico comunitario, debiéndose determinar cuál era el alcance de las normas comunitarias en este terreno, es decir, si en virtud de las mismas se podía deducir una obligación concreta para los Estados miembros de solucionar el problema del arrendatario, en este caso, de un modo u otro, y si a falta de tal regulación podía exigirse una aplicación retroactiva de la que se estableciese o una indemnización por violación del Derecho comunitario por parte del Estado miembro incumplidor. En segundo lugar, se planteaba también la cuestión de saber qué derechos fundamentales se estaban violando, cuestión ésta también examinada en el asunto Wachauf, pero que preferimos estudiar en relación con el caso Bostock.

Primeramente, hay que decir que el Abogado general Gulmann, en su informe presentado en el asunto Bostock, mantuvo la teoría de que la normativa comunitaria concedía a los Estados miembros un margen amplio de maniobra en cuanto a la manera de solucionar el problema de la protección de los intereses económicos de los arrendatarios al finalizar los contratos de arrendamiento. Por consiguiente, el control judicial por el TJCE del ejercicio de ese margen de maniobra se vería muy reducido, por no decir anulado, en la medida en que se entraba en un terreno, como es el de los arrendamientos rústicos, que sale fuera del campo de aplicación del Derecho comunitario<sup>48</sup>. Y es que dicho control de la validez de una normativa nacional a la luz de los derechos fundamentales amparados en el Ordenamiento comunitario sólo puede efectuarse cuando dicha reglamentación entra dentro del campo de aplicación del citado Ordenamiento. Siguiendo este método en este asunto concreto, el TJCE examinó, como vamos a ver inmediatamente con más detalle, los aspectos relativos a la protección del Derecho de propiedad y del principio de igualdad y rechazó el examen de la cuestión relativa a la posible existencia de un enriquecimiento injusto por parte del arrendatario.

Empezando por el mismo orden marcado por el Alto Tribunal, hay que decir que era perfectamente posible pensar, en primer lugar, que la normativa nacional existente, al no reconocer un derecho a la indemnización en estos casos, violaba el derecho de propiedad, derecho reconocido como fundamental a nivel comunitario. Este argumento ya había sido examinado con detalle en el asunto Wachauf por las partes intervinientes y por el Abogado general Jacobs, siendo de nuevo alegado por Bostock. Dicho argumento se basaba en afirmar que, el hecho de permitir en virtud del principio de vinculación que una cuota adscrita a un determinado

---

<sup>48</sup> Vid. Sentencia ERT citada.

terreno y obtenida gracias al trabajo y a las inversiones del arrendatario saliente pasase al finalizar el contrato de arrendamiento al arrendador sin más y sin un derecho reconocido de alguna manera en la legislación nacional a recibir una indemnización, constituía una violación del derecho de propiedad, ya que se le despojaba sin compensación alguna del fruto de su trabajo: la cuota, la cual es un bien que posee un evidente valor económico autónomo (nada menos el permitir a una explotación lechera el poder desarrollar su actividad productiva con una mínima garantía de rentabilidad económica). De esta manera, podía hablarse de la existencia de un verdadero efecto expropiatorio.

Ahora bien, la clave de la cuestión residía en responder a las siguientes dudas : 1) ¿La cuota posee una naturaleza que le permita ser considerada como un bien con un valor económico susceptible de expropiación? y 2) En el caso de un arrendamiento de una explotación en donde se desarrolla una actividad lechera, ¿quién debe considerarse el propietario de la cuota en el supuesto de que se admita que se trata de un bien susceptible de ser objeto del derecho de propiedad?

Con respecto a la primera pregunta, hay que decir que ya en el asunto Wachauf<sup>49</sup> podían encontrarse dos posturas enfrentadas. Por un lado, para la Comisión y para el Gobierno británico, la cuota láctea no es más que un «instrumento de gestión del mercado», no pudiendo considerarse «una especie de bien corporal». El arrendatario era propietario de la leche que producía, y con ella recibía la justa compensación al fruto de su trabajo e inversiones, pero no de la cuota. La consecuencia lógica de esta afirmación es que la cuota no es susceptible de ser objeto del derecho de propiedad, ni puede ser expropiada. Frente a esta postura hay que destacar la tesis defendida por el Abogado general Jacobs, cuyos argumentos presentados en su informe en el asunto Wachauf reproducimos por su interés:

«A mi juicio, esto puede, en su caso, coincidir con la intención de la legislación comunitaria, pero no con la realidad económica. Si se analiza la naturaleza de la cuota desde el punto de vista del productor, está claro que representa de hecho una autorización de producir una cantidad determinada de un bien (leche) a un precio garantizado en mayor o menor medida, sin incurrir en una sanción (la tasa suplementaria). En un mercado materialmente paralizado por la introducción de las cuotas, semejante “autorización” adquiere necesariamente un valor económico. Este valor se traduce esencialmente en un aumento de la renta del arrendamiento de la finca y del valor económico de las explotaciones productoras de leche»<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Véase Sentencia Wachauf citada, p. 2630.

<sup>50</sup> *Ibídem*. Sobre el concepto de autorización administrativa nuestra doctrina la define como «un acto que, con carácter discrecional o reglado, habilita al particular para el ejercicio de una situación jurídica activa suya, a los efectos de coordinar el interés particular y el público». Véase MORELL OCAÑA, A, L: *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 45 y ss.

Sólo si se admite esta segunda tesis tiene sentido preguntarse sobre quién es el propietario de la cuota. Este Abogado general destacaba cómo «tanto el propietario (del terreno arrendado) como el arrendatario podían tener un derecho de propiedad sobre la cuota»<sup>51</sup>. La verdad es que ciertamente la posición del Abogado general parece la más razonable dado que es la que más se ajusta a la realidad económica y, quizás, la más justa. En casos como los que estamos examinando, no se puede negar que si la tierra posee la cuota es gracias al trabajo y esfuerzo del arrendatario. La cuota no existiría sin dicho esfuerzo e inversiones, pero tampoco sin la existencia de la tierra arrendada, por lo tanto es lógico pensar, como concluye el Abogado general, que la cuota pertenece a ambos. Ya que en virtud de la normativa sólo puede corresponder a uno de ellos, las respectivas reglamentaciones nacionales deberían arbitrar una forma de solución de este conflicto de intereses. Caso distinto sería aquel en el que se arrendase una explotación lechera con una cuota ya adscrita. En este caso la cantidad de referencia se ha obtenido gracias al trabajo e inversiones del arrendador y es justo por lo tanto que dicha cuota vuelva sin más a su patrimonio. Sin embargo, antes de profundizar más sobre este tema, tenemos que decir que el TJCE se inclinó en el asunto Bostock, que es donde entró en el fondo de esta polémica, por la tesis de la Comisión, destacando que el derecho de propiedad no implica

«el derecho a comercializar una ventaja, como las cantidades de referencia concedidas en el marco de una organización común de mercados, que no procede ni de bienes propios ni de la actividad profesional del interesado»<sup>52</sup>.

Esta solución del TJCE resulta criticable, ya que, aunque es una evidencia que en todo arrendamiento rústico el arrendatario no es propietario de la tierra sino de los frutos obtenidos, también lo es el que cuando la tierra se arrienda sin constituir una explotación lechera es imposible que se le pueda asignar una cuota. Y es que toda cuota tiene siempre, como sustrato, una realidad económica: terrenos, ganado, instalaciones, maquinaria para ordeño, mano de obra, etc., que permite la existencia de una actividad productora de leche que sólo es rentable si se hace al amparo de una autorización de producir otorgada por las autoridades públicas (asignación de una cantidad de referencia) que permite evitar el tener que verse sometido a una sanción pecuniaria (tasa suplementaria) que puede llegar a eliminar el margen de beneficio del productor. De este modo, esta normativa conlleva que entre el bien económico (la leche) y la autorización de producir (la cuota) se crea una relación de interdependencia tal que resulta absurdo tratar de desligar ambos. Por lo tanto, si se atribuye en este caso concreto la cuota al terreno arrendado, es gracias a que el arrendatario ha habilitado la finca para producir leche aportando su gana-

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup> *Vid.* Sentencia Bostock citada, considerando 19.



do, mano de obra y maquinaria, construyendo las instalaciones adecuadas, etc. Por lo tanto, no es posible afirmar que la cuota en el fondo no procede ni de los «bienes propios» del arrendatario ni de su «actividad profesional», con lo que, al otorgar la cuota al arrendador, se le priva de esta manera al arrendatario, como señalaba el Juez nacional en el asunto Wachauf, del «fruto de su trabajo»<sup>53</sup>, ya que la cuota se ha asignado gracias al esfuerzo del mismo.

De este modo se debería distinguir entre dos situaciones:

1. Cuando se arrienda una explotación lechera con una cantidad de referencia ya asignada gracias al trabajo e inversiones del arrendador. En este caso es lógico pensar que el acabar el arrendamiento la cuota ganada por el arrendador y disfrutada por el arrendatario vuelva a manos del primero, estando más que justificada la aplicación rigurosa del principio de vinculación.

2. En cambio cuando el arrendatario antes o después de la concesión de una cantidad de referencia ha hecho inversiones, antes o después de que se estableciese la cantidad de referencia, entonces no puede decirse en este caso concreto que esa ventaja no procede de bienes propios o de su actividad profesional. En este caso, la aplicación del principio de vinculación vaciaría de contenido el derecho esencial del arrendatario en todo contrato de arrendamiento a obtener los frutos de su trabajo, incluyendo entre ellos la cuota, la cual se ha concedido a la explotación gracias a que en la misma se ha desarrollado una actividad de producción de leche que antes no existía. Y es que la cantidad de referencia no es más que una plasmación de la capacidad productiva de un bien objeto del derecho de propiedad: la explotación lechera con sus bienes muebles e inmuebles que, como hemos visto antes, se adhiere por mandato de la ley a dicho objeto, formando parte de él y revalorizándolo.

Es por ello que el Abogado general Jacobs, en el asunto Wachauf, destacaba que

«pueden existir situaciones en las que el hecho de que el arrendatario pierda definitivamente el uso y el valor de la cuota, a la conclusión del arrendamiento, puede considerarse una medida expropiatoria», afirmando, además, que «el hecho de que un estado miembro no prevea ninguna indemnización, puede pues constituir, en determinados casos, una violación del principio del respeto del derecho de propiedad», pudiéndose considerar «una forma de enriquecimiento injusto»<sup>54</sup>.

El Abogado general Gullmann, en su informe presentado en el asunto Bostock, pese a no plantear ninguna objeción relativa al examen de la naturaleza de la cuota, sin embargo se había apresurado en destacar cómo el Abogado general Jacobs no había introducido una afirmación absoluta

<sup>53</sup> Vid. Sentencia Wachauf citada, considerando 16.

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 2630 y ss.

sino que estaba matizada por el hecho de que sólo «en determinados casos», puede llegarse a tal situación expropiatoria. Podría defenderse que precisamente son casos como el del Sr. Wachauf y el del Sr. Bostock los que constituyen una violación del derecho de propiedad. Curiosamente, en este mismo asunto Bostock se invocó por el demandante este argumento relativo al posible enriquecimiento injusto que se produciría de no recibir algún tipo de indemnización, pero el TJCE lo rechazó al destacar que

«las relaciones jurídicas entre arrendatarios y arrendadores, en particular en el momento de la expiración del contrato de arrendamiento, continúan reguladas, en el estado actual del Derecho comunitario, por el Derecho del Estado miembro afectado. Así, las consecuencias que puede acarrear el posible enriquecimiento sin causa del arrendador al finalizar el contrato de arrendamiento no están comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario»<sup>55</sup>.

Esta última afirmación del TJCE no hace más que recoger la idea fundamental que defendió el Abogado general Gullmann para rechazar cualquier posibilidad de invocar un derecho a una indemnización concreta basada en el Derecho comunitario a la que antes hemos hecho referencia. Esta idea es criticable, porque del hecho de que el Derecho comunitario en este punto concreto haya acordado a los Estados miembros un amplio margen de maniobra, no puede deducirse que la competencia de los Estados miembros les permita no regular esta situación. Es decir, debería entenderse que los Estados serían libres a la hora de decidir cómo solucionar este problema (estando aquí el margen de maniobra y de competencia que correspondería a los Estados y donde tanto el legislador como el Juez comunitarios no podrían entrar), pero no les asistiría el derecho de dejarlo sin resolver, ya que quedarían desprotegidos ciertos intereses jurídicos de los ciudadanos.

Antes hemos visto cómo los artículos 4.1 y 7.4 del R. 857/84 aportaban dos posibles soluciones a este problema. En el caso de que los Estados miembros no hiciesen uso de estas posibilidades, siguiendo de nuevo al Abogado general Jacobs, quizás la solución más adecuada con el principio de la vinculación de la cuota a la tierra pasase por instrumentar la obligación del «propietario de pagar una indemnización al arrendatario como contrapartida por la adquisición del valor de la cuota». Esta indemnización podría articularse de dos modos:

a) mediante la introducción de una normativa específica, dentro o fuera (como hizo el Reino Unido) del marco de la legislación sobre arrendamientos rústicos;

b) aprovechando el régimen ya existente de indemnización al arrendatario por las mejoras realizadas en la finca del arrendador. Esta posibilidad, vista con ojos críticos por el Abogado general Jacobs en el asunto

---

<sup>55</sup> *Vid.* Sentencia Bostock citada, considerandos 25 y ss.

Wachauf<sup>56</sup> por la falta de uniformidad que muestra el Derecho comparado de los Estados miembros de la Comunidad al respecto, quizás encontrase un encaje perfecto dentro de nuestra LAR, siempre y cuando se acepte que la cuota atribuida a una explotación gracias al trabajo e inversiones del arrendatario puede ser vista como una mejora útil.

Como es bien sabido, la LAR dedica sus artículos 57 y siguientes a regular el tema de las mejoras útiles y sociales. Se entiende por mejoras útiles las «obras incorporadas a la finca arrendada que aumenten de modo duradero, su producción, rentabilidad o valor agrario». Destaca Agúndez<sup>57</sup> tres elementos en dicho tipo de mejoras: 1) obra incorporada a la finca, 2) aumento del valor y la productividad de la misma, y 3) carácter duradero de dicho aumento. Es posible defender que estos tres requisitos se cumplen en el caso de la cuota:

1. La cuota se incorpora a la finca en virtud del principio de vinculación, siempre que no se haya aplicado por el Estado miembro lo dispuesto en el artículo 7.4 antes citado. Es evidente que el arrendatario podrá siempre recuperar el ganado y la maquinaria que haya aportado a la explotación.

2. El hecho de que una finca que no tenía cantidad de referencia asignada pase a tenerla constituye para la misma una revalorización importante. Para la explicación de esto nos remitimos al extenso texto que hemos citado anteriormente del Abogado general Jacobs.

3. El carácter duradero de dicha revalorización queda bien demostrado por el hecho de que, en principio, el sistema de cuotas ha sido prorrogado hasta el año 2000 y es muy posible que, dada la eficacia del mismo, su vigencia continúe por mucho más tiempo. Dicho de otro modo, la producción lechera sin cuota no es viable económicamente, de ahí la importancia de su posesión y la necesidad imperiosa de que se indemnice de alguna manera al arrendatario saliente que, deseando continuar con su actividad lechera, por culpa de los principios reguladores de la normativa de cuotas, se ve en la imposibilidad de proseguir con la misma. De ahí que no sólo sea posible defender que la privación total de indemnización constituye una violación del derecho de propiedad, sino que también es posible afirmar que supone una limitación inadmisibles del derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales.

Por todo, quizás sea posible afirmar que en nuestro Derecho la solución a este problema se puede encauzar perfectamente concediendo la posibilidad al arrendatario saliente de reclamar una indemnización al arrendador con base en lo dispuesto en el artículo 62 de la LAR, ya que de lo contrario se produciría un «desequilibrio en las aportaciones de los contratantes»<sup>58</sup>. Obsérvese que el artículo 62.1 habla de que se

<sup>56</sup> Vid. Sentencia Wachauf citada, p. 2631.

<sup>57</sup> Véase AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Ed. Comares, Granada, 1987, pp. 162 y ss.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 174.

abone al arrendatario «el mayor valor que por causa de las mejoras subsiguientes tenga entonces la finca», entendiendo ese mayor valor como «la mayor productividad de la finca, capitalizando su rentabilidad agraria actual»<sup>59</sup>. Y obsérvese también cómo nuestra LAR concede una opción al arrendatario. Finalmente, destaquemos que esta solución es importante, dado que el artículo 63 del citado texto legal destaca como las partes no podrán pactar en el contrato que el arrendador recupere la finca arrendada con sus mejoras sin indemnización»<sup>60</sup>, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2.3 (es decir, que la mejora se haya imputado a efectos del pago de la renta) y en el artículo 10 (que se haya transformado el destino de la finca, por ejemplo de agrícola a pecuario) de dicho texto legal<sup>61</sup>.

Finalmente hay que destacar que en el asunto Bostock se alegó por parte del demandante una posible violación del principio de igualdad ante la Ley (consagrado en lo que respecta la Política Agrícola Común en el artículo 40.3 del Tratado de Roma), ya que la normativa británica acabó por modificarse en el sentido de introducir una normativa específica reguladora de la concesión de indemnizaciones para los arrendatarios en caso de no continuación del contrato. El problema radicaba en que dicha normativa no tenía carácter retroactivo, de tal modo que los arrendatarios que habían visto finalizar su contrato antes de la fecha de entrada en vigor de esta normativa quedaban totalmente desprotegidos sin poder disfrutar de los beneficios de una legislación de la que sólo disfrutarían los arrendatarios cuyos contratos se rescindiesen con posterioridad a dicha fecha. El TJCE rechazó también este argumento destacando que:

«El principio de igualdad de trato no puede, sin embargo, modificar retroactivamente las relaciones de las partes en el contrato de arrendamiento, en perjuicio del arrendador, imponiendo a este último una obligación de indemnizar al arrendatario saliente, bien en el marco de las disposiciones nacionales que el Estado miembro de que se trata estaría obligado a adoptar, o por la vía del efecto directo»<sup>62</sup>.

Nada hay que objetar a la doctrina sentada en esta ocasión por el TJCE, pero, si efectivamente no se puede hacer responsable al arrendador de las insuficiencias que presentaba la normativa nacional existente, quizás una vía de solución en estos casos hubiera podido encontrarse mediante la introducción de una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado, por parte de los particulares afectados, contra las auto-

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 175.

<sup>60</sup> Recuértese que el artículo 9 de la LAR establece que son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen en perjuicio del arrendatario las normas de la presente Ley...

<sup>61</sup> *Vid.* AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Antonio, *op. cit.*, pp. 23, 53 y 54.

<sup>62</sup> *Vid.* Sentencia Bostock citada, considerando 24.

ridades nacionales, por violación del Derecho comunitario al no dictar la normativa nacional de desarrollo<sup>63</sup>. Sobre este último particular, hay que decir que vista la interpretación aportada por el TJCE en la Sentencia Bostock, dicha vía va a ser difícil que prospere al limitarse las potencialidades que ofrecía la Sentencia Wachauf, sobre todo desde la perspectiva aportada por el Abogado general Jacobs en su informe presentado en este asunto. De este modo, las únicas soluciones posibles a este problema, a falta de una normativa específica o de una interpretación amplia de la existente sobre indemnización de mejoras en el marco de los arrendamientos rústicos como la propuesta, pasen por, o bien invocar ante los Tribunales civiles las normas generales sobre enriquecimiento injusto frente al arrendador que, sin esfuerzo e inversión alguna, se encuentra con esta importante revalorización de su tierra; o bien por considerar que el Estado miembro ha violado el principio de igualdad consagrado en la Constitución nacional respectiva en la medida en que se admita que existe una infracción del mismo en una situación como la examinada en el asunto Bostock.

En lo que respecta la situación actual, hay que destacar que el párrafo segundo del artículo 7 del R. 3950/92 añade lo siguiente: «a falta de acuerdo entre las partes, en el caso de los arrendamientos rústicos que vayan a expirar sin posibilidad de reconducción en condiciones análogas, o en situaciones que produzcan efectos jurídicos comparables, las cantidades de referencia disponibles de las explotaciones afectadas serán transferidas en todo o en parte a los productores que vayan a explotarlas, con arreglo a las disposiciones adoptadas o por adoptar por parte de los Estados miembros, teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes.»

En lo que respecta al tema de la transferencia de cuota en el supuesto de disolución del contrato de arrendamiento, hay que decir que el R. 3950/92 ha introducido ciertas modificaciones, cuyo alcance está por determinar al no existir todavía jurisprudencia interpretativa al respecto. Cabe destacar el hecho de que se haga mención expresa en esta norma al acuerdo entre las partes como modo primero y más apropiado de resolver esta cuestión. El único comentario a la misma existente hasta la fecha se puede encontrar en el asunto Bostock, en donde el Abogado general Gulmann resaltó que, aunque no era el momento de entrar a realizar una interpretación exhaustiva del mismo, sí era

«posible deducir del nuevo Reglamento una eventual obligación por parte de los Estados miembros, en cierto modo inespecífica, de adoptar disposiciones que tengan en cuenta los intereses legítimos de las partes, incluyendo los arrendatarios»<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Sobre este particular puede consultarse la Sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich, R. 1991, pp. 5403 y ss.

<sup>64</sup> *Id.* sentencia Bostock citada, p. 964.

Si esta interpretación se confirma posteriormente en la jurisprudencia del TJCE, podemos concluir diciendo que la doctrina establecida en la Sentencia Bostock quedará definitivamente superada y la nueva regulación del artículo 7 vendrá a resolver el problema existente hasta la fecha, ya que en caso de falta de regulación por parte de un Estado miembro de esta cuestión será posible exigirle una responsabilidad patrimonial por el daño producido como consecuencia de su inactividad al no establecer las normas nacionales que den un cumplimiento efectivo, a su debido tiempo, de las exigencias establecidas en la legislación comunitaria.

En lo que respecta el Derecho español, hay que destacar que el artículo 7.2 del R. 3950/92 ha sido recogido en el artículo 14.2 del Real Decreto número 324/1994 y en el artículo 4.2 del Real Decreto número 2307/1994. En ambos preceptos se realiza casi una copia literal de lo dispuesto en el Reglamento, aclarándose que la solución de este problema deberá realizarse «de acuerdo con la legislación vigente», es decir, de acuerdo con la LAR.



# La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo

JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE

Área de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de San Sebastián  
Becario de Investigación del Gobierno vasco

SUMARIO: 1. *El régimen de responsabilidad previsto por la normativa reguladora del abordaje marítimo:* A) Responsabilidad extracontractual. B) Algunas diferencias esenciales entre el régimen jurídico del abordaje marítimo y el del contrato de transporte marítimo.–2. *La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo:* A) Posicionamiento doctrinal y legal: Exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual cuando sean aplicables las normas reguladoras de la responsabilidad contractual. B) Argumentos a favor de la exclusión. C) Estructuración jurídico-material y procesal de la exclusión.–3. *Un supuesto concreto: STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156):* A) El criterio de la «rigurosa órbita de lo pactado» y sus negativas consecuencias. B) La «both to blame collision clause».–4. *Conclusiones.*

## 1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PREVISTO POR LA NORMATIVA REGULADORA DEL ABORDAJE MARÍTIMO

### A) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La normativa comparada [arts. 482 a 488 *Codice della Navigazione* (Cod. nav.); §§ 734 a 739 *Handelsgesetzbuch* (HGB); sects. 187 a 190 *Merchant Shipping Act 1995* (MSA 1995); e incluso los derogados §§ 106 a 108 *Seehandelschiffahrtsgesetz der DDR* (SHSG)] e internacional (Convenio de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje –Conv. 1910–) reguladora del abordaje marítimo configura de forma expresa un sistema de responsabilidad extracontractual<sup>1</sup>. Es decir, el régi-

<sup>1</sup> Tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 10 Conv. 1910, artículo 486 Cod. nav., § 737 I HGB, sects. 187 (5), 188 (3) y 189 (3) MSA 1995, y en el derogado § 105 III SHSG, las normas reguladoras del abordaje marítimo no son aplicables a los accidentes de este tipo que generen una responsabilidad de carácter contractual, como consecuencia de



men de responsabilidad que deriva exclusivamente del incumplimiento de la norma genérica de no causar daños a los demás (*alterum non laedere*). Quedando así al margen de dicha normativa la responsabilidad que deriva del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de una relación obligatoria –generalmente un contrato– previa existente entre el responsable de la acción u omisión dañosa y el perjudicado por la misma <sup>2</sup>.

Al contrario de lo dispuesto por la normativa comparada e internacional, la regulación del abordaje marítimo contenida en nuestro Código de Comercio no incluye una disposición –similar a las previamente mencionadas– donde se prevea la inaplicabilidad de las normas sobre responsabilidad por abordaje a las relaciones contractuales previas (transporte, pasaje, trabajo, arrendamiento de buque, remolque...), existentes entre naviero responsable del abordaje marítimo y perjudicado por el mismo, que hayan sido infringidas como consecuencia de dicho abordaje <sup>3</sup>. No

---

la infracción de un contrato de transporte marítimo, de trabajo, de remolque u otros. Y así lo reconoce la doctrina comparada de forma prácticamente unánime, cfr. RODIÈRE/PONTAVICE, *Droit Maritime*, 12.ª ed., 1997, p. 439; REMOND-GOULLAUD, *Droit Maritime*, 2.ª ed., 1993, p. 252; RODIÈRE, *Traité général de Droit maritime, Événements de mer*, 1972, pp. 29 y 32; RIGHETTI, *Trattato di Diritto Marittimo*, III, 1994, p. 344; LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, *Manuale di Diritto della Navigazione*, 8.ª ed., 1996, p. 661; ROMANELLI/SILINGARDI, voz: «Urto di navi o aeromobili», *Enciclopedia del Diritto*, XLV, 1992, p. 909; MANCA, *Studi di Diritto della navigazione*, III, 1962, p. 97; MARSDEN, *The Law of collisions at sea*, 11.ª ed. por McGUFFIE, Kenneth C., en *British Shipping Laws*, IV, 1961, pp. 226 a 228; WÜSTENDÖRFER, *Neuzeilisches Seehandelsrecht*, 2.ª ed., 1950, p. 402; ABRAHAM, *Das Seerecht*, 4.ª ed., 1974, p. 242; SCHAPS/ABRAHAM, *Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland. Kommentar und Materialsammlung*, II, 4.ª ed., 1978, p. 1226; PRÜBMANN/RABE, *Seehandelsrecht*, 3.ª ed., 1992, pp. 864 y 892; y TROTZ, en: RICHTER-HANNES/TROTZ, *Kommentar zum Seehandelsschiffahrtsgesetz der Deutschen Demokratischen Republik*, 1979, p. 210, quienes consideran que la normativa relativa al abordaje –prevista en los diferentes Ordenamientos comparados– regula exclusivamente la responsabilidad de carácter extracontractual que derive de dicho accidente.

<sup>2</sup> Vid. por todos, PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», en *Comentario del Código civil*, II, dir. por PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1977; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 7.ª ed., 1995, p. 591; DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, 1993, pp. 13, 14, 24 y 25; y GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pp. 831 y 832; quienes adoptan como criterio de distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual la determinación de si el daño causado –generador de la responsabilidad– constituye la infracción de una relación obligatoria previa entre dañante y dañado. Si efectivamente es así la responsabilidad será contractual y si el acto ilícito dañoso no constituye una infracción de una relación de ese tipo sino exclusivamente un quebrantamiento de la norma genérica de no causar daños a los demás la responsabilidad será extracontractual.

<sup>3</sup> Aunque sí sería conveniente –pensando en una hipotética futura reforma de esta materia– introducir una disposición que limitase expresamente la aplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje a los supuestos generadores de responsabilidad extracontractual, aclarando así cuál es el ámbito de aplicación de esta normativa. Tal y como señala RUIZ SOROA, «Reforma del Derecho español en materia de accidentes de la navegación marítima», en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, III, 1996, p. 4122; ídem, *Manual de Derecho de accidentes de la navegación*, 1992, p. 18; las disposiciones del Código de Comercio relativas al abordaje marítimo «incluyen indistintamente supuestos contractuales (responsabilidad frente a los cargadores) o extracontractuales (frente al armador del otro buque)», pero la responsabilidad derivada de las infracciones contractuales tiene ya su propia regulación tanto a nivel interno como internacional, regu-

obstante, la doctrina de forma prácticamente unánime<sup>4</sup> y diversas sentencias del Tribunal Supremo<sup>5</sup> manifiestan que los artículos 826 a 839, y 953 CCom disciplinan un régimen de responsabilidad de carácter extracontractual.

lación que debe ser respetada, siendo un medio adecuado para ello reformar la normativa relativa al abordaje incluyendo un precepto que establezca la aplicabilidad de la misma únicamente a los supuestos de responsabilidad extracontractual.

<sup>4</sup> Así, para GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 8.ª ed., 1983, pp. 827 y 828, la regulación prevista en nuestro Código de Comercio para el abordaje marítimo «descansa sobre los principios civiles de la culpa extracontractual», destacando posteriormente cómo el artículo 826 CCom recoge el «principio de responsabilidad propio de la culpa aquiliana» y la similitud de este artículo con los artículos 1902 y 1903.IV CC. Apreciaciones compartidas por RODRÍGUEZ ARTIGAS, «En torno al régimen jurídico del abordaje en el Derecho Marítimo», en *Estudios en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 706 y 708; ídem, voz: «Abordaje», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, 1995, pp. 18 y 19 (en relación con el Código de Comercio básicamente, pero también aludiendo al resto de regulaciones del abordaje); RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.ª 3), p. 23 (para las diferentes normativas encargadas de disciplinar el abordaje marítimo); CUÑAT EDO, «El régimen del abordaje en el Código de Comercio y la posible responsabilidad sin culpas», en *RJC*, 1974, núm. 4, p. 774 (sin aludir a una normativa específica); RODRÍGUEZ CARRIÓN, «El abordaje: su concepto y delimitación», en *Estudios jurídicos en Homenaje a Aurelio Menéndez*, III, 1996, p. 4069 (también con carácter general). En esta línea, para URÍA, *Derecho mercantil*, 24.ª ed., 1997, núm. 1231, la regulación del abordaje marítimo prevista en el Código de Comercio y en el Convenio de 1910 relativo a este accidente marítimo constituye una «derivación especial» de los principios comunes de la responsabilidad extracontractual. De modo similar, MENÉNDEZ, «La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de Comercio», en *REDM*, fasc. 5, 1966-67, p. 82, al advertir que «la responsabilidad extracontractual del naviero por actos del capitán» se encuentra prevista en nuestro Código de Comercio exclusivamente para el supuesto del abordaje marítimo; ídem, *El contrato de remolque*, 1964, p. 234, al considerar que la regulación del abordaje marítimo configura «una disciplina «maritimista» sobre responsabilidad extracontractual». O nos encontramos, en lo que respecta únicamente al artículo 827 CCom, ante una «manifestación específica» de los artículos 1902 y 1903.IV CC, vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, «El abordaje por culpa común y la responsabilidad por los daños a la carga», en *ADM*, X, 1993, p. 69, quien resalta además la «naturalidad extracontractual» de la reclamación dirigida por el perjudicado como consecuencia de un abordaje contra el «“buque” no porteador». Asimismo, ARROYO, «Convenios internacionales y Derecho interno (Referencia especial a la limitación de la responsabilidad por abordaje)», en *ADM*, II, 1982, pp. 12 y 13.

<sup>5</sup> Cfr. STS de 20 de diciembre de 1930 (RJAr 1367), cuyo Considerando Segundo hace referencia a la figura del naviero con las expresiones siguientes: «tercera persona, civilmente responsable del abordaje conforme a los preceptos (...) del Código de Comercio», destacando así la condición del naviero –responsable por el abordaje marítimo, de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio– como persona ajena a las relaciones contractuales que el demandante-perjudicado pudiese tener con otras personas; STS de 17 de abril de 1964 (RJAr 1953), al disponer en su Considerando Segundo que la responsabilidad del naviero por los daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo se encuentra fundamentada en «los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el artículo 826 del C. Com. y los 1902 y 1903, párrafo 4.º, del civil», o como señala el Considerando Tercero: «en los principios civiles de la culpa extracontractual», en definitiva, la sentencia viene a confirmar la configuración del régimen de responsabilidad por abordaje marítimo instaurado en el Código de Comercio como un régimen de responsabilidad extracontractual; configuración que reitera la STS de 13 de junio de 1984 (RJAr 3237), en su Considerando Tercero; y la STS de 22 de julio de 1997 (RJAr 6156), aludiendo en los Fundamentos de Derecho Segundo, Cuarto y Quinto a la responsabilidad por abordaje marítimo recogida en los artículos 826 y 827 CCom, con la denominación de responsabilidad extracontractual o –empleando una denominación más correcta a juicio del Ponente– de obligación nacida de acto ilícito.

## B) ALGUNAS DIFERENCIAS ESENCIALES ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ABORDAJE MARÍTIMO Y EL DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

El régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y el de responsabilidad contractual por infracción del contrato de transporte marítimo presentan, entre otras, las siguientes diferencias:

1.º La normativa reguladora del contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque prevé la posibilidad de que el porteador quede exonerado de responsabilidad en caso de concurrir la denominada culpa náutica<sup>6</sup>. Exoneración que no recogen las normas del Código de Comercio ni del Convenio de 1910 relativas a la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo.

2.º El sistema de limitación de responsabilidad derivada del contrato de transporte marítimo es el de abandono, conforme al artículo 587 CCom, frente al de limitación *ad valorem* del artículo 837 CCom previsto en relación con la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo<sup>7</sup>.

3.º El plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte marítimo es de un año «contado el plazo de la prescripción desde el día de la entrega del cargamento en el lugar de su destino, o del en que debía verificarse según las condiciones de su transporte» (art. 952.2.º CCom, plazo que también

<sup>6</sup> En este sentido, el artículo 4.2.a) Reglas de La Haya-Visby 1924/68 (RHV) dispone la exclusión de responsabilidad del porteador por las pérdidas o daños provenientes de las faltas de sus dependientes («capitán, marinero, piloto o dependientes del porteador») «en la navegación o en la administración del buque» [art. 4.2.a) RHV «... from act, neglect or default of the master, mariner, pilot or servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship»], al igual que el posterior artículo 8.a) Ley de Transporte Marítimo de mercancías de 22 de diciembre de 1949 (LTM); es decir, por la denominada falta o culpa náutica de los dependientes del porteador, por oposición a la culpa o falta comercial de los dependientes del porteador que sí generaría su responsabilidad. Cfr., por todos, RIGHETTI, *Trattato di Diritto Marittimo*, II, 1990, pp. 746 a 752; y RUIZ SOROA, en RUIZ SOROA/ZABALETA SARASÚA/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte marítimo*, 2.ª ed., 1997, pp. 450 a 452; quienes ponen de manifiesto lo difícil que resulta diferenciar entre ambas. Si bien esta modalidad de exoneración –falta o culpa náutica– ya no se encuentra prevista en las Reglas de Hamburgo de 31 de marzo de 1978 (RHamb), cfr. RIGHETTI, *Trattato...*, II, cit. (n.º 6), p. 841.

<sup>7</sup> En este sentido de reconocer la duplicidad de sistemas de limitación previstos en nuestro Ordenamiento dependiendo de la modalidad de responsabilidad –contractual o extracontractual por abordaje marítimo– que se pretenda limitar *vid.*, entre otros, GARRIGUES, *op. cit.* (n.º 4), pp. 611 y 617 a 619; URÍA, *op. cit.* (n.º 4), núm. 1142; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, II, 20.ª ed., 1997, pp. 489 y 490; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 70, n.º 126; y GARCÍA-PITA, *La limitación de la responsabilidad civil del naviero. (Análisis sistemático del Derecho comparado y perspectivas de reforma del Derecho español)*, 1996, pp. 81, 82 y 131 a 138, donde analiza los problemas existentes para compatibilizar ambos sistemas de limitación. Aunque no es pacífica la admisión de la vigencia del artículo 837 CCom, así RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), pp. 74 y 75, considera derogado dicho precepto tras la incorporación a nuestro Derecho interno de los Convenios internacionales sobre limitación de responsabilidad.

prevé el art. 22.IV LTM). En cambio, el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje marítimo es de dos años (arts. 953.I CCom y 7.I Conv. 1910) desde que se produjo el accidente en cuestión o desde que finalizó la instrucción de las diligencias penales, en su caso<sup>8</sup>.

4.º El artículo 952 2.º CCom prevé como requisito necesario para ejercitar la acción de responsabilidad por los daños o pérdidas de las mercancías contra el porteador, que el receptor formalice «*las correspondientes protestas o reservas*» relativas al defectuoso estado de las mercancías recibidas, bien en el momento de la entrega si los daños eran aparentes, es decir, si aparecían «*al exterior de los bultos recibidos*», o bien «*dentro de las veinticuatro horas siguientes*» a dicha entrega si los daños no aparecían «*al exterior de los bultos*». Por otra parte, los artículos 3.6 RHV y el 22 I y II LTM disponen, asimismo, que el receptor debe realizar las reservas o protestas «*antes o en el momento de retirar las mercancías*» si los daños o pérdidas son aparentes, o, dentro de «*los tres días siguientes a la entrega*» si los daños no son aparentes o, de lo contrario, se presumirá que la entrega de las mercancías se realizó en buen estado<sup>9</sup>. Frente a lo previsto por esta normativa relativa a la responsabilidad contractual por daños a las mercancías, el Convenio de 1910 sobre el abordaje marítimo no exige la práctica de formalidades previas para poder ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual por abordaje. Y si bien es cierto que los artículos 835 y 953 CCom requieren la formulación de una protesta previa, ésta debe realizarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la del abordaje o a la de arribada del buque al primer puerto tras el abordaje. De modo que no coincidiría con los mencionados plazos previstos para el ejercicio de las protestas o reservas previas al ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por daños o pérdidas de las mercancías. E incluso, en ocasiones, los Tribunales entienden que la no formulación de la protesta con anterioridad al ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por abordaje al amparo de lo dispuesto por nuestro Código de Comercio en relación con este accidente marítimo no perjudica el posterior ejercicio de dicha acción<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Vid., entre otros, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 70, n.º 125; GÓMEZ CALERO, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, 1992, p. 73; y RODRÍGUEZ DE SANABRIA, «Aspectos jurídicos del abordaje», en *ADM*, X, 1993, p. 338; quienes dejan constancia del diferente plazo de prescripción previsto para ambos tipos de acciones.

<sup>9</sup> Cfr. RUIZ SOROA, en RUIZ SOROA/ZABALETA SARASÚA/GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.* (n.º 6), p. 481, quien pone de manifiesto que la omisión del ejercicio de las protestas o reservas previstas en el artículo 952 2.º CCom provoca «*la pérdida de la acción para reclamar*» los daños o pérdidas de las mercancías contra el porteador, mientras que la omisión de las protestas o reservas a las que aluden los artículos 3.6 RHV, y 22 I y II LTM simplemente crea la «*presunción de entrega en buen estado a favor del porteador*», es decir, se invierte la carga de la prueba en contra del receptor en el sentido de que deberá aportar pruebas dirigidas a desvirtuar dicha presunción.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, GARRIGUES, *Curso...*, 8.ª ed., cit. (n.º 4), p. 829, al considerar en relación con la protesta previa prevista por los artículos 835 y 953 CCom que se trata de

## 2. LA SUPUESTA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL EN UN MISMO ABORDAJE MARÍTIMO

### A) POSICIONAMIENTO DOCTRINAL Y LEGAL: EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL CUANDO SEAN APLICABLES LAS NORMAS REGULADORAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Los abordajes marítimos pueden constituir exclusivamente una infracción de la norma genérica de no causar daños a los demás (*alterum non laedere*), generadora de responsabilidad extracontractual. En tal caso, la normativa aplicable sería la reguladora del abordaje marítimo, ya que -como hemos indicado previamente- dicha normativa configura un sistema de responsabilidad extracontractual. Pero este *accidente* puede constituir asimismo la causa de la infracción de un contrato previo (de transporte marítimo, por ejemplo) existente entre el naviero responsable del abordaje y el dañado por el mismo. Esta última modalidad de abordaje marítimo sería susceptible -en principio- de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual por infracción del contrato de transporte marítimo, o de pasaje, etc. Ante un accidente de estas características, se plantea la cuestión de si la infracción de las normas reguladoras de la obligación previa-

---

un requisito cuya exigencia «*ha sido atenuada por la jurisprudencia*». En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 1910 (*Jurisprudencia civil*, 1910, n. 128), en su Considerando Segundo entiende cumplido el requisito de la presentación de protesta de los artículos 835 y 953 II CCom, pese a que no la formuló personalmente el capitán; o pese a su formulación ante el Juzgado, Considerando Segundo de la STS de 20 de diciembre de 1930 (RJA 1367); o bastaría con el ejercicio de una reclamación de indemnización, Considerando Primero, SAT de Pamplona, 4 de febrero de 1980 (*ADM*, I, 1981, pp. 803 a 805); o simplemente considera que dicho presupuesto de admisibilidad de la acción de indemnización puede incumplirse sin que esto perjudique el posterior ejercicio de dicha acción, Fundamento de Derecho Quinto, SAP de Málaga, 13 de junio de 1995 (*ADM*, XIV, 1997, pp. 889 a 894). No obstante, también existen decisiones contrarias a esta tendencia, cfr. SAT de Las Palmas, 2 de junio de 1980 (*ADM*, I, 1981, pp. 797 a 799), cuyo Considerando Primero alude al carácter de requisito indispensable de la formulación de la protesta prevista en el artículo 835 CCom para poder reclamar la posterior indemnización de los daños derivados del abordaje marítimo; y SAP de Santa Cruz de Tenerife, en sus Considerandos Primero y Segundo declara que la presentación de protesta a la que aluden los artículos 835 y 953 CCom tiene un «*carácter estrictamente procesal e inexcusable*» constituyendo un «*requisito procesal previo cuyo incumplimiento provoca la falta de posibilidad de ejercitar con éxito la acción indemnizatoria por abordaje*».

En cualquier caso, la ausencia de presentación de protesta no perjudicará «*a los interesados*» en ejercitar la acción de responsabilidad por los daños personales o a las mercancías derivados del abordaje «*que no se hallaban en la nave o no estaban en condiciones de manifestar su voluntad*» (art. 836 CCom). Cfr. una aplicación de dicho precepto en la STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156), Fundamento de Derecho Sexto.

mente establecida entre las partes excluye la aplicabilidad de la normativa extracontractual («concurso determinante del desplazamiento de normas», o «no acumulación», o «no posibilidad de opción»), o si ambas normativas serían aplicables para determinar el alcance de la responsabilidad derivada del abordaje marítimo, en el sentido de posibilidad de opción por parte del demandante perjudicado en torno a la normativa aplicable («acumulación» u «opción» de acciones –de responsabilidad contractual y extracontractual–), o si ambas normativas son aplicables porque fundamentan una pretensión única («concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión») <sup>11</sup>.

En este sentido, la solución adoptada por el sector mayoritario de nuestra doctrina maritimista, (en relación con la normativa aplicable a los abordajes marítimos que sean susceptibles de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual por infracción del contrato previamente existente entre responsable y dañado por el abordaje marítimo), consiste en que la aplicabilidad de las normas sobre responsabilidad contractual –legales o contractuales– excluye la posible aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo <sup>12</sup>. Es decir, adop-

<sup>11</sup> De acuerdo con PANTALEÓN, voz: «Concurso de pretensiones», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, 1995, p. 1370, cabría la posibilidad de estructurar en torno a dichas tesis las posturas adoptadas por la doctrina acerca de la normativa aplicable a los actos dañosos que puedan subsumirse en los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual, quien explica brevemente cuáles son las repercusiones prácticas de adoptar una u otra tesis. Cfr., asimismo, en LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., 1989, pp. 263 a 269, el alcance de dichas posturas en relación con el Derecho alemán.

<sup>12</sup> Así, *vid.* entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, «En torno al régimen jurídico del abordaje...», cit. (n.º 4), pp. 706 y 708, al excluir la aplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje marítimo a la responsabilidad que surja entre «*personas vinculadas por una relación contractual*», la cual quedará sujeta a las normas reguladoras de la modalidad contractual específica infringida; ARROYO, «Convenios internacionales y Derecho...», cit. (n.º 4), pp. 12 y 13, reconoce que la acción del «*titular de la carga*» contra el «*naviero porteador*» reclamando la indemnización de los daños y perjuicios causados a la carga como consecuencia del abordaje marítimo se basa en las normas de responsabilidad contractual (pese a que en relación con el contrato de pasaje marítimo constata que la tesis de la «*compatibilidad entre las acciones contractuales y extracontractuales*» con opción para el perjudicado es la única deducible de las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, cfr. ARROYO, «Notas sobre el contrato de pasaje marítimo», en *ADM*, X, 1993, p. 297, n.º 25, lo cual supone una implícita admisión por el Tribunal Supremo de la concurrencia de responsabilidad contractual –como consecuencia del incumplimiento del contrato de pasaje marítimo– y extracontractual –por efecto de la causación de un abordaje marítimo– en un mismo abordaje marítimo, ya que de otro modo no sería posible ejercitar la opción por una u otra vía de responsabilidad para satisfacer unos mismos daños: los derivados de este accidente marítimo). MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), pp. 69 y 70, aludiendo expresamente a la exclusión o a la aplicación preferente de las «*normas jurídicas sobre el contrato de transporte*» frente «*a las del abordaje cuando media una relación contractual*»; RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico propio de las acciones de responsabilidad por averías o pérdidas del cargamento o por daños al pasajero», en *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, coordinador José María de Eizaguirre, 1996, p. 102, con carácter general para toda aparente concurrencia de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual en un mismo hecho dañoso afirma que «*la*

tan la tesis del «concurso determinante del desplazamiento de normas», de la exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual. De forma que la normas sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo tendrían su propio ámbito de aplicación: el de la responsabilidad derivada de un abordaje marítimo que no suponga la infracción de una relación obligatoria previa –generalmente un contrato– entre dañante y dañado. Mientras que las normas sobre responsabilidad contractual tendrían también su propio ámbito de aplicación: el de la responsabilidad derivada de un abordaje marítimo que sí suponga la infracción de una relación obligatoria previa –generalmente, un contrato– entre dañante y dañado por este accidente<sup>13</sup>.

*norma reguladora de la obligación (sea legal o contractual) es ius specialis por respecto a la norma genérica de neminem laedere», motivo por el cual la normativa contractual debe aplicarse de forma preferente a la normativa extracontractual; ídem, «Reforma del Derecho...», cit. (n.º 3), p. 4122, excluye la aplicabilidad de la normativa extracontractual reguladora del abordaje marítimo a los supuestos en que éste accidente sea la causa de la infracción del contrato previo existente entre el naviero y el perjudicado por el abordaje, considerando que la futura reforma de la normativa del abordaje debería incluir un precepto donde se restringa expresamente la aplicabilidad de la misma a los «daños producidos al margen de un previo contrato»; y en el mismo sentido RODRÍGUEZ CARRIÓN, *op. cit.* (n.º 4), p. 4069, considera que el carácter extracontractual de la normativa reguladora del abordaje impide su aplicabilidad «a los supuestos de culpa contractual, ya que sus principios ordenadores son básicamente diferentes».*

En contra, cfr. GÓMEZ CALERO, *op. cit.* (n.º 8), p. 73; y RODRÍGUEZ DE SANABRIA, *op. cit.* (n.º 8), p. 338; quienes entienden que el perjudicado demandante puede optar por ejercitar la acción de responsabilidad contractual contra el naviero con quien formalizó el contrato de transporte, o la acción de responsabilidad extracontractual contra este mismo naviero y/o contra el naviero del otro buque interviniente en el abordaje marítimo fundada en las normas reguladoras del mismo. Opción que supone la aceptación de la teoría de la acumulación o de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo, ya que de lo contrario no se podría efectuar dicha opción en favor de una u otra acción de responsabilidad.

<sup>13</sup> Tesis del desplazamiento, o de la exclusión de aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, por parte de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual que coincide con la adoptada por la doctrina en relación con el Derecho marítimo comparado. Cfr., entre otros, RODIÈRE, *Traité général de Droit maritime. Affrètements & Transports. II*, 1968, pp. 236 a 238, 318 y 319; ídem, *Affrètements & Transports. III*, 1970, p. 274; ídem, *Événements...*, cit. (n.º 1), p. 29; y REMOND-GOUILLOUD, *op. cit.* (n.º 1), p. 252; para el Ordenamiento francés. La misma solución adoptan en relación con el régimen previsto en Italia para el abordaje marítimo: RIGHETTI, *Trattato...*, III, cit. (n.º 1), p. 344; LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, *op. cit.* (n.º 1), p. 661; MANCA, *Studi...*, III, cit. (n.º 1), pp. 97 y 98; (idéntica solución observa el autor al examinar el Convenio de 1910 sobre esta materia, ídem, *Commento alle Convenzioni internazionali marittime*, III, 1975, p. 79). En este sentido se pronuncia MARSDEN, *op. cit.* (n.º 1), pp. 226 a 228, para el Derecho anglosajón. Y ABRAHAM, *op. cit.* (n.º 1), p. 242; SCHAPS/ABRAHAM, *op. cit.* (n.º 1), p. 1226; y PRÜBMANN/RABE, *op. cit.* (n.º 1), pp. 864 y 892; para el Derecho alemán. Autores que reiteran la inaplicabilidad de la normativa reguladora del abordaje a las relaciones contractuales previas existentes entre dañante y dañado por dicho accidente.

En contra se posicionaron BISSALDI, *L'urto di navi*, 1939, p. 67; y SPASIANO, «Colpa nautica del comandante ed azione extracontrattuale contro l'armatore», *Dir. nav.*, 1951-II, p. 190 (pero modificando la misma posteriormente en SPASIANO, «Concorso fra azione contrattuale ed extracontrattuale», *Dir. mar.*, 1986-III, p. 602) al considerar que las normas reguladoras del accidente de abordaje marítimo –nos referimos concretamente a las ya derogadas normas del *Codice di commercio* 1882 (arts. 660 a 665)– eran aplicables a las relaciones contractuales previas existentes entre dañante y dañado por dicho accidente y

Postura ésta del desplazamiento de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por las relativas a la responsabilidad contractual, que ha sido recogida expresamente en diversos Convenios internacionales relativos a los contratos de transporte marítimo. Así, artículo 4 bis.1 RHV –introducido en virtud del artículo 3 del Protocolo de 23 de febrero de 1968, modificativo del Convenio de Bruselas de 1924–, artículo 7.1 RHamb, artículo 20.1 Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte multimodal internacional de mercancías, de 24 de mayo de 1980 (CTM), y artículo 14 Convenio de Atenas sobre transporte marítimo de pasajeros, de 13 de diciembre de 1974 (CAAt). Todas estas disposiciones prevén la aplicabilidad del régimen de responsabilidad contractual con sus correspondientes exoneraciones y limitaciones, en perjuicio de los regímenes de responsabilidad extracontractual, como puede ser, por ejemplo, el del abordaje marítimo, para determinar la indemnización por los daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías que hayan sido objeto de alguno de esos contratos de transporte, o por la muerte o lesiones corporales de los pasajeros o por los daños o pérdidas del equipaje en el caso del contrato de pasaje.

Y, como hemos indicado previamente, tanto el Convenio de 1910 como la normativa comparada reguladora del abordaje marítimo disponen asimismo la inalterabilidad del régimen de responsabilidad contractual. Es decir, adoptan la tesis de la inaplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo para determinar la responsabilidad resultante de la infracción de un contrato previamente existente entre responsable y dañado por ese accidente.

## B) ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXCLUSIÓN

A nuestro parecer, la cuestión de la normativa aplicable al abordaje marítimo susceptible -en principio- de integrar los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual derivada de la infracción de un contrato previamente existente entre responsable y dañado por el abordaje, debe ser resuelta excluyendo la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje cuando sea aplicable el régimen de responsabilidad contractual, con base en los siguientes argumentos:

1.º Respeto a la voluntad de las partes que celebraron el contrato correspondiente (transporte o pasaje marítimos, trabajo, arrendamiento de buque...), la cual queda explicitada en dicho contrato. Las partes llevan a cabo una particular distribución de los riesgos a través del contrato

---

que resultasen infringidas como consecuencia del mismo; si bien el problema ha sido resuelto a través del artículo 486 Cod. nav., el cual excluye la aplicabilidad de la normativa sobre el abordaje a esas relaciones contractuales.



en cuestión, valorando cuáles eran sus propios intereses, y apartándose para ello de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, mediante la previsión de limitaciones o exoneraciones específicas de responsabilidad <sup>14</sup>.

2.º La aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a las relaciones contractuales existentes previamente entre dañante (o responsable del daño, aunque no sea el causante material del mismo) y dañado por el abordaje, incumplidas o cumplidas defectuosamente como consecuencia de dicho accidente, podría suponer una infracción de lo dispuesto en los mencionados Convenios internacionales encargados de regular las diferentes modalidades contractuales utilizadas en el sector marítimo. Esto es debido a que dichos Convenios *preveen* diversas disposiciones que obligan expresamente al Juez o Tribunal competente a aplicar el contenido de esos Convenios en materia de limitaciones y exoneraciones, a los supuestos de responsabilidad derivada del incumplimiento de los contratos (arts. 4.bis.1 RHV, 7.1 RHamb, 20.1 CTM y 14 Cat). Excluyendo así la aplicabilidad de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual a esos supuestos <sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Así, para PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1979 [idem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), p. 1371], la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual, en lugar de las normas convencionales o legales reguladoras de la responsabilidad contractual en el hipotético supuesto –no compartido por el autor ya que parte de la base de la no acumulación de responsabilidades– de concurrencia de ambas responsabilidades en un mismo hecho dañoso supondría dejar sin efecto «la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes» y, por tanto, dicha consecuencia no es aceptable. Y sin que este respeto a la normativa contractual suponga ninguna discriminación para el perjudicado en el sentido de privarle de una vía de reparación de los daños, porque las partes han dispuesto con carácter previo que sería precisamente la vía contractual –con sus peculiares disposiciones relativas a la reparación del daño– la utilizada por las partes para resolver los posibles problemas que se planteasen en materia de responsabilidad; cfr., entre otros, STARCK, *Droit civil. Obligations*, 1972, p. 666, al señalar cómo el contrato se convierte en Ley para las partes, estableciendo ellos mismos cuál es el alcance o los contornos concretos de la regulación del contrato en cuestión (salvo los límites legales que todo Ordenamiento establece a la autonomía de la voluntad); RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), pp. 100 y 101; y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La denominada acumulación de responsabilidad contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, esp. pp. 975 y 977. En contra, GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 836, al no entender la razón por la que el perjudicado por el acto dañoso realizado por el «*deudor contractual*» debe encontrarse en «*peor situación*» que el perjudicado por el hecho de un tercero, como consecuencia de la imposibilidad de aquel perjudicado de utilizar la vía resarcitoria extracontractual, pero no sin contradicciones, ya que posteriormente reconoce la injusticia que supone exigir a las partes en un contrato una responsabilidad ajena al mismo.

<sup>15</sup> Cfr. el recurso al argumento de la exigencia de uniformidad internacional del régimen de responsabilidad del porteador marítimo, para aplicar la normativa prevista en los mencionados Convenios en materia de limitaciones y exoneraciones contractuales de responsabilidad y rechazar así la posible aplicación de la normativa relativa a la responsabilidad extracontractual, con carácter general, es decir, para todo hecho dañoso en ROSSELLO, «Brevi rilievi sugli orientamenti della giurisprudenza italiana in materia di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Dir. mar.*, 1986-III, pp. 608 y 609; LÓPEZ DE GONZALO, «Orientamenti della giurisprudenza italiana in tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nel trasporto marittimo di cose», *Dir. mar.*, 1984-IV, pp. 856 a 859; y «Corte di Cassazione», 26 de julio de 1983, núm. 5121 (*Dir. mar.*, 1984-IV, esp. pp. 855 a 857).

También podría constituir una infracción de lo previsto en el Convenio de 1910 relativo al abordaje marítimo –cuando éste fuese aplicable– ya que, como hemos señalado anteriormente, dispone expresamente la inaplicabilidad del mismo a las obligaciones contractuales (art. 10). E incluso sin necesidad de que una Ley disponga expresamente la exclusión de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje en beneficio de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, ya que la configuración de un sistema legal de responsabilidad contractual presupone la voluntad del legislador de someter los incumplimientos contractuales –o los cumplimientos defectuosos– a dicha normativa, y no al régimen de responsabilidad extracontractual<sup>16</sup>.

3.º Considerar que la normativa reguladora de la responsabilidad contractual –adoptada voluntariamente por las partes o por imperativo de la Ley– derivada de la infracción, como consecuencia del abordaje, de los contratos previos que existían entre dañante y dañado por dicho accidente, tiene carácter especial o particular, frente al carácter general de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo<sup>17</sup>. Y aplicar, a continuación, el principio conforme al cual la Ley especial desplaza a la Ley general. De este modo, el abordaje marítimo susceptible –en principio– de ser integrado en los supuestos de hecho de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, por abordaje, quedaría sujeto al régimen de la responsabilidad contractual, por ser precisamente la normativa especialmente aplicable a dicho acto dañoso.

4.º En caso de no compartir el tercer argumento, se podría entender que entre las normas reguladoras de la responsabilidad contractual y

---

<sup>16</sup> Así se pronuncia GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 835, al tratar de explicar la imposibilidad de que el perjudicado por una infracción contractual pueda reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en base a lo dispuesto por el régimen de responsabilidad extracontractual siempre que lo considere conveniente.

<sup>17</sup> Adoptan este argumento de considerar que la normativa contractual es de carácter especial frente al carácter general propio de la normativa extracontractual, entre otros: RIGHETTI, *Trattato...*, III, cit. (n.º 1), pp. 664, 665 y 670; ROSSELLO, *op. cit.* (n.º 15), pp. 608 y 609; SPASIANO, «Concorso fra azione...», cit. (n.º 13), pp. 602 y 603; LÓPEZ DE GONZALO, *op. cit.* (n.º 15), p. 855; *Corte di Cassazione*, 27 de mayo de 1960, núm. 1378 (Dir. nav., 1961-II, esp. pp. 72 a 74); *Corte di Cassazione*, 26 de julio de 1983, núm. 5121, cit. (n.º 15), pp. 853 a 855; y RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), p. 102; centrandó su análisis en las normas marítimas. Y de forma general para los diferentes ámbitos en que puedan ser aplicables las normas contractuales y extracontractuales, por todos, GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.* (n.º 2), p. 835; y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *op. cit.* (n.º 14), p. 977. Asimismo, PANTALEÓN emplea este criterio para poder aplicar las disposiciones contractuales en materia de exoneraciones y limitaciones legales de la responsabilidad, y las relativas a la prescripción o caducidad de acciones en «Comentario a la STS 26-I-84», en *CCJC*, núm. 4, 1984, p. 1264; «Comentario a la STS 10-V-84», en *CCJC*, núm. 5, 1984, p. 1653; «Comentario a la STS 19-VI-84», en *CCJC*, núm. 4, 1984, p. 1883; señalando posteriormente en su «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1979 [ídem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), p. 1371], que la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual supondría dejar sin efecto «la específica distribución de riesgos entre las partes contratantes», lo que supone configurar como un sistema particular el de la responsabilidad contractual frente al general de la responsabilidad extracontractual.

las relativas a la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo no existe una relación de especialidad, sino que cada una tiene su propio ámbito de aplicación: actos dañosos que den lugar al incumplimiento o al cumplimiento defectuoso de un contrato —o de cualquier otra relación obligatoria previa—, y actos dañosos que no den lugar a dicho incumplimiento sino que únicamente infrinjan el deber de no causar daños a otros (*alterum non laedere*), respectivamente <sup>18</sup>.

### C) ESTRUCTURACIÓN JURÍDICO-MATERIAL Y PROCESAL DE LA EXCLUSIÓN

La tesis concreta que permitiría estructurar un sistema jurídico-material y procesal adecuado para alcanzar la solución aquí propuesta de aplicar la normativa reguladora de la responsabilidad contractual al abordaje marítimo susceptible de integrar —en principio— los supuestos de hecho de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo y de las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, sería aquella conforme a la cual la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, y la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual configurarían dos acciones materiales diferentes y autónomas entre sí. Desplazando las normas relativas a la responsabilidad contractual a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual («concurso determinante del desplazamiento de normas», o «no acumulación» o «no posibilidad de opción»), por los motivos previamente señalados. Estas acciones materiales confluirían en una única acción procesal, pero sin que el Juez quedase vinculado por los fundamentos jurídicos de esta pretensión procesal única aportados por el demandante, porque los fundamentos jurídicos no formarían parte de la *causa petendi*, solamente los hechos constituirían la misma <sup>19</sup>. De este modo, el Juez

<sup>18</sup> Cfr. CAVANILLAS, en CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, 1992, pp. 132 a 134, quienes rechazan el carácter especial de la normativa contractual y de general de la extracontractual, dado que en su opinión ambas serían igual de especiales o de generales, al tener su propio ámbito de aplicación. Asimismo, en relación con el Derecho alemán, GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1968, p. 204, considera que las normas reguladoras de la responsabilidad contractual no son especiales frente a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual.

<sup>19</sup> *Vid.* STC, Sala 2.ª, 5 de mayo de 1982, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo (La Ley, 1982-3, pp. 866 a 871) cuyo Fundamento Jurídico Segundo establece claramente que el Juez puede resolver —la cuestión ante él planteada— en base a los fundamentos jurídicos no aportados por las partes; lo cual supone que los fundamentos jurídicos no forman parte de la *causa petendi*. En la misma línea, STC, Sala 1.ª, 18 de diciembre de 1985, (La Ley, 1986-2, pp. 1 a 6); y STC 95/1990, Sala 2.ª, 23 de mayo, (La Ley, 1990-3, pp. 86 y 87); asimismo *vid.* PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), p. 1978 [ídem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), pp. 1370 y 1371]. Asimismo, cfr. para el Derecho alemán LARENZ, *op. cit.* (n.º 11), pp. 266 y 267, quien pone de manifiesto cómo al demandante le corresponde únicamente aportar lo hechos que sirvan de fundamentación a su pretensión indemnizatoria, siendo el Juez la persona competente para determinar la normativa aplicable al hecho dañoso en cuestión.

(vinculado únicamente por la *causa petendi*, es decir, por los hechos, y por el *petitum*, es decir, por la solicitud de resarcimiento de dichos daños) podría resolver, con base en el principio *iura novit curia* y teniendo en cuenta esa ausencia de vinculación del Juez respecto de los fundamentos jurídicos aportados por las partes, la pretensión indemnizatoria planteada por el perjudicado con fundamento exclusivamente en las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, aplicando las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, sin incurrir en incongruencia. Y, asimismo, «*la litispendencia y la cosa juzgada*» afectarían a la acción ejercitada por el perjudicado con fundamento en las normas encargadas de disciplinar el otro régimen de responsabilidad que no hubiesen sido utilizadas como fundamento jurídico de la acción indemnizatoria previamente planteada por el perjudicado<sup>20</sup>.

Aceptando esta tesis, si los cargadores-perjudicados por un abordaje marítimo que fuesen parte en un contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque previo existente entre éstos y los responsables del accidente ocurrido, planteasen una acción de responsabilidad extracontractual fundamentada exclusivamente en los preceptos de nuestro Código de Comercio reguladores del abordaje marítimo (arts. 826 a 839, y 953) –pretendiendo así eludir la posible exoneración de responsabilidad del porteador por culpa náutica del artículo 4.2.a) RHV o del artículo 8.a) LTM–, contra los diferentes buques intervinientes en el abordaje o, únicamente, contra el buque no porteador de las mercancías del cargador-perjudicado, en reclamación de los daños o pérdidas sufridas por las mercancías transportadas, los Tribunales podrían resolver esta reclamación conforme a lo dispuesto por la normativa reguladora de la responsabilidad contractual. Los Tribunales no incurrirían, en incongruencia, porque los fundamentos jurídicos aportados por las partes no les vincularían y con base en el principio *iura novit curia* podrían aplicar el régimen previsto para el contrato de transporte marítimo.

Asimismo, de acuerdo con esta tesis, los Tribunales podrían examinar la posible prescripción de la acción planteada contra el porteador conforme a los plazos previstos para la acción de responsabilidad con-

---

En contra, *vid.* TAPIA, en CAVANILLAS/TAPIA, *op. cit.* (n.º 18), esp. pp. 200 y 236, para quien la causa de pedir se encuentra integrada además de por la fundamentación fáctica, también por los fundamentos jurídicos.

<sup>20</sup> Es la tesis adoptada por PANTALEÓN, «Comentario del Código civil (art. 1902)», cit. (n.º 2), pp. 1977 a 1981, en relación con los hechos dañosos que puedan integrar «tanto el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad contractual (...) como el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual» [idem, voz: «Concurso de pretensiones», cit. (n.º 11), pp. 1370 y 1371]. Y compartida, entre otros autores, por ASÚA GONZÁLEZ, «La responsabilidad (I)», en *Manual de Derecho civil, II*, a cargo de Puig i Ferriol, Gete-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez, 1996, p. 454.

En contra, para TAPIA, en CAVANILLAS/TAPIA, *op. cit.* (n.º 15), p. 259, «apelar a la peligrosa máxima “*iura novit curia*”» podría dar lugar a una indefensión del demandado, ya que éste estructurará su defensa jurídica tomando como referencia los fundamentos jurídicos aportados por el demandante, de modo que si posteriormente el Juez resuelve el pleito en base a otros fundamentos jurídicos diferentes, el demandante quizás podría alegar indefensión por no haber podido realizar una defensa adecuada de sus intereses.

tractual <sup>21</sup>, pese a que el cargador fundamente la acción planteada contra dicho porteador en la normativa reguladora del abordaje marítimo. Y si ha transcurrido el plazo de dos años previsto para la prescripción de la acción de responsabilidad por abordaje marítimo, respecto de la reclamación planteada contra el naviero no porteador.

### 3. UN SUPUESTO CONCRETO: STS DE 22 DE JULIO DE 1997 (RJA<sup>r</sup> 6156)

#### A) EL CRITERIO DE «LA RIGUROSA ÓRBITA DE LO PACTADO» Y SUS NEGATIVAS CONSECUENCIAS

En relación con esta materia, tiene un gran interés la STS de 22 de julio de 1997 (RJA<sup>r</sup> 6156), relativa a un abordaje marítimo causado por la culpa común de ambos buques, del que derivaron daños a las mercancías transportadas a bordo de uno de ellos. Los demandantes –las entidades aseguradoras de las mercancías dañadas, al subrogarse en la posición de sus asegurados (los cargadores)–, en lugar de ejercitar la acción de responsabilidad contractual contra el porteador de dichas mercancías, fundada en la infracción del contrato de transporte marítimo de mercancías existente con anterioridad al abordaje, plantean la acción resarcitoria de los daños y perjuicios con base a las disposiciones del Código de Comercio encargadas de regular la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, contra los navieros de los buques intervinientes en el accidente y sus aseguradoras <sup>22</sup>.

La importancia de esta sentencia radica en que el Tribunal resolvió el problema de la supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo considerando que la responsabilidad derivada de dicho accidente era de naturaleza extracontractual. A pesar de la existencia de un previo contrato de transporte marítimo entre dañante y dañado por el abordaje marítimo, incumplido –o cumplido defectuosamente– como consecuencia de dicho abor-

---

<sup>21</sup> Es decir, el Tribunal Supremo podría considerar prescrita la acción si ya ha transcurrido el plazo de un año de los artículos 952.2.º CCom o 22.4 LTM, en lugar del plazo de dos años del artículo 953 CCom previsto para el abordaje marítimo.

<sup>22</sup> Así lo reconoce el Fundamento de Derecho Segundo de la mencionada sentencia –en relación con las apreciaciones realizadas por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, 20 de mayo de 1993, acerca de este mismo abordaje marítimo– al establecer que: «*Los perjudicados podrían haber ejercitado acciones, con otro planteamiento, fundadas en el contrato de transporte marítimo. Pero se ha ejercitado la acción, derivada del dato objetivo del abordaje, fundada en la llamada responsabilidad civil extracontractual (...) cuyas bases normativas son los artículos 826 y ss. y 953 del Código de Comercio...*».

daje<sup>23</sup>, y aplicando a dicho supuesto los preceptos del Código de Comercio relativos a la responsabilidad extracontractual por abordaje<sup>24</sup>.

Como fundamento de esta decisión, el Tribunal Supremo recurrió a un mero expediente conforme al cual, pese a existir un previo contrato de transporte marítimo entre dañante y dañado por el abordaje marítimo, no se produce necesariamente una exclusión por las normas sobre responsabilidad contractual de la aplicabilidad de la normativa sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo. Para que opere dicha exclusión, además de existir ese contrato de transporte marítimo entre las partes mencionadas, el abordaje marítimo debe acontecer «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial» (Fundamento de Derecho Segundo)<sup>25</sup>. Expediente éste que permitió al Tribunal Supremo considerar acertada la decisión de instancia

<sup>23</sup> Vid., en este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la citada Sentencia, conforme al cual el abordaje marítimo constituye «un suceso que no está comprendido dentro del círculo normal del contrato de transporte marítimo», recordando a continuación que de acuerdo con la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo no basta con la existencia de un contrato previo entre las partes para que la responsabilidad por los daños que se causen entre ellos tenga carácter contractual y quede excluida la responsabilidad extracontractual. Continuando con este planteamiento, el Fundamento de Derecho Cuarto se pronuncia claramente en favor del carácter extracontractual de la responsabilidad derivada del abordaje marítimo, al afirmar que «la sentencia de instancia se basa en responsabilidad extracontractual que deriva del hecho del abordaje, calificación que ha sido plenamente aceptada por esta Sala», reiterando en esta línea cómo «la responsabilidad de los codemandados y actuales recurrentes deriva de la llamada responsabilidad extracontractual o, más correctamente, obligación nacida de acto ilícito, en base al abordaje sucedido y con fundamento en los artículos 826 y 827 del Código de Comercio».

<sup>24</sup> Sentencia ésta que no constituye un hecho aislado sino que viene a reiterar, en cierta medida, la tesis adoptada por el Tribunal Supremo en la STS de 31 de mayo de 1982 (RJAr 2610), la cual aplica el régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a un accidente de este tipo en el que resultó lesionado uno de los pasajeros de la lancha culpable del abordaje, pese a la existencia de un previo contrato de pasaje entre dañante y dañado por el accidente en cuestión.

En contra, STS de 13 de junio de 1984 (RJAr 3237), en cuyo Considerando Tercero señala que la «responsabilidad extracontractual que regula el artículo 1902 del C. Civ. (...) en el área del derecho marítimo, tiene concreción específica en el artículo 826 del C. Com. (...) estando legitimados para el ejercicio de las acciones indemnizatorias (...) todos los que, sin tener una relación contractual con el naviero del buque culpable, devengan perjudicados como consecuencia del abordaje», es decir, excluye la aplicabilidad de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo a los supuestos de infracción de un contrato previo existente entre el naviero del buque culpable y el perjudicado por el abordaje.

<sup>25</sup> Bajo estas expresiones, lo que se oculta realmente es «un simple expediente» [vid. PANTALEÓN, «Comentario a la STS 10-V-84», cit. (n.º 17), p. 1654; «Comentario a la STS 19-VI-84», cit. (n.º 17), p. 1882] o «un argumento que puede justificar cualquier solución» [vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 1101 C. C.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por Manuel Albaladejo, XV, 1.º, Edersa, 1989, p. 418; crítica reiterada posteriormente por RUIZ SOROA, «Aplicación del régimen jurídico...», cit. (n.º 12), p. 105] porque la determinación por el Tribunal Supremo de si un concreto hecho dañoso se encuentra dentro de ese ámbito, de esa «rigurosa órbita», y constituye además un «desarrollo normal del contenido negocial», no se sujeta a unos criterios dotados de un cierto grado de objetividad, ya que algunos de los pronunciamientos del Tribunal (como ocurre con el presente supuesto) colocan fuera de ese ámbito a hechos dañosos que constituyen una infracción contractual evidente (en este caso el abordaje marítimo causante de los daños y perjuicios a las mercancías se produce en ejecución de la

de la Audiencia Provincial de La Coruña de condenar —a los posteriormente recurrentes en casación: «Mutua de riesgo marítimo, sociedad de seguros a prima fija», anteriormente denominada «Mutua Nacional de Previsión del riesgo marítimo» (aseguradora del buque no porteador «Escandinavia»), y «Contenemar» (naviera del buque porteador «Carmen del Mar»<sup>26</sup>)—, con base en la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, eludiendo de forma teórica y artificial el debate acerca de la hipotética concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo. Con este expediente lo que realmente constituía una infracción contractual (infracción por parte del naviero porteador: «Contenemar», del deber de custodia de los efectos transportados) generadora de responsabilidad contractual frente a los cargadores, devino artificialmente un hecho dañoso generador únicamente de responsabilidad extracontractual.

Por lo tanto, teóricamente —y a juicio del Tribunal Supremo—, no existió una infracción del contrato de transporte marítimo, sino un abordaje marítimo que dio lugar exclusivamente a una responsabilidad extracontractual. Aplicando, en consecuencia, únicamente las normas sobre responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo. Pero, a nuestro parecer, realmente esa infracción contractual sí existió, y el problema de la posible concurrencia de responsabilidades por los daños sufridos por los cargadores de las mercancías que se planteó cuando éstos —o mejor, las aseguradoras, al subrogarse en los derechos de los cargadores— interpusieron su acción de resarcimiento contra el buque porteador de las mercancías, debió resolverse excluyendo la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo, en beneficio de las disposiciones reguladoras de la responsabilidad derivada del contrato de transporte marítimo, para determinar el alcance de la indemnización correspondiente. Y debió mantenerse el carácter extracontractual de la acción dirigida contra el otro buque no porteador de las mercancías dañadas, ya que no existía un contrato previo entre los cargadores perjudicados y el naviero de ese buque. Siendo éste, por tanto, un tercero ajeno al contrato de transporte marítimo infringido.

En consecuencia, el naviero porteador de las mercancías dañadas debió quedar exonerado de responsabilidad porque: 1.º Tal y como se deduce de lo dispuesto por el Fundamento de Derecho Cuarto de la sen-

---

prestación de transporte, con la consiguiente infracción del deber de custodia de los efectos transportados) y que generan una responsabilidad de carácter contractual excluyente de la responsabilidad extracontractual (en este supuesto de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo).

<sup>26</sup> El Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia, en la letra e), señala que «las entidades actoras ejercitaron en la demanda una acción de indemnización de daños y perjuicios (...) contra las navieras de los dos buques participantes (en el abordaje se entienden) y contra sus respectivas compañías aseguradoras», resultando absuelta únicamente la aseguradora del buque porteador «Carmen del Mar», es decir, «Cesmar». En consecuencia, el Tribunal Supremo entiende que «Contenemar, S. A.» es la naviera del buque «Carmen del Mar», además de ser propietaria del mismo como indica este mismo Fundamento de Derecho Primero en la letra a).

tencia, el contrato de transporte incorporó una cláusula *Paramount*, en virtud de la cual dicho contrato quedó sujeto al régimen legal dispuesto para el transporte bajo conocimiento de embarque y, en consecuencia, el porteador podría exonerarse de los daños causados a las mercancías en caso de concurrir la denominada culpa náutica [art. 4.2.a) RHV o art. 8.a) LTM]. 2.º La causa del accidente fue la negligente navegación llevada a cabo por la tripulación de ambos buques [Fundamento de Derecho Primero, letra a)], es decir, concurrió la culpa náutica de la tripulación del buque porteador («Carmen del Mar»). 3.º De acuerdo con el planteamiento antes expuesto (desplazamiento o exclusión de la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, ausencia de vinculación del Juez por los fundamentos jurídicos aportados por las partes...) el Tribunal Supremo debió resolver la reclamación del cargador dirigida contra el porteador, aplicando el régimen de responsabilidad derivado del contrato de transporte marítimo bajo conocimiento de embarque y exonerar al porteador de responsabilidad por los daños causados a las mercancías transportadas, pese a que el cargador planteó una acción de responsabilidad extracontractual fundada en las disposiciones reguladoras del abordaje marítimo.

Asimismo, la acción de responsabilidad extracontractual planteada en apelación por los cargadores perjudicados, con fundamento en la normativa reguladora del abordaje marítimo —como advierte el Fundamento de Derecho Segundo—, contra el naviero del otro buque culpable («Escandinavia») del abordaje ocurrido, fue, a nuestro juicio, correctamente ejercitada, dado que no existía un contrato previo entre cargador-perjudicado por el abordaje y naviero del buque no porteador culpable, junto al buque porteador, del accidente en cuestión.

Sin embargo, esto no justifica que el naviero del buque no porteador deba indemnizar la totalidad del daño causado a las mercancías en los supuestos de abordaje causado por la culpa de dos o más buques intervinientes en el mismo. El artículo 827 CCom establece la responsabilidad solidaria de los buques culpables intervinientes en el abordaje por los daños o pérdidas causados —entre otros— a las mercancías. Esto significa, de acuerdo con el artículo 1148 CC, que si el cargador-perjudicado reclama del naviero no porteador la reparación de la totalidad de los daños causados a las mercancías por efecto del abordaje marítimo ocurrido por culpa común de dos o más buques, este naviero no porteador en cuanto deudor solidario puede utilizar la excepción de exoneración por culpa náutica que le corresponde personalmente al naviero porteador (corresponsable solidario) por «*la parte de deuda*» que le debería ser atribuida a éste en función de su comportamiento negligente<sup>27</sup>. Es decir, si el naviero porteador fuese declarado responsable por los daños derivados del

---

<sup>27</sup> Al respecto, RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), p. 40; y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), pp. 73 y 74; configuran las exoneraciones contractuales



abordaje en un 50 por 100 <sup>28</sup>, el naviero no porteador podría reducir también en un 50 por 100 la cuantía de los daños a las mercancías que debería satisfacer como consecuencia del comportamiento negligente del buque por él explotado.

No obstante, la sentencia mencionada consideró que los daños a las mercancías causados por el abordaje no constituyeron una infracción del contrato de transporte marítimo –Fundamento de Derecho Segundo–. Esto supuso una inaplicación del régimen de responsabilidad contractual previsto por las Reglas de La Haya-Visby y por nuestra Ley de Transporte Marítimo para dicho contrato (normativa aplicable al mismo en base a la mencionada cláusula *Paramount*). Concretamente, impidió al naviero porteador exonerarse por culpa náutica de su tripulación. Por lo tanto, el naviero no porteador tampoco pudo ejercitar con éxito la excepción solidaria personal del naviero porteador –en la cuantía correspondiente– de exoneración por culpa náutica, porque la misma sentencia determina que la responsabilidad derivada del abordaje es extracontractual y no procede aplicar las exoneraciones o limitaciones propias del régimen contractual.

Si el naviero no porteador (corresponsable solidario) satisface la totalidad de los daños sufridos por las mercancías como consecuencia del abordaje marítimo (por no aceptar el Tribunal la exoneración del naviero porteador por culpa náutica y, por tanto, tampoco la utilización por el naviero no porteador de la excepción solidaria personal del naviero porteador de exoneración por culpa náutica) podrá ejercitar el derecho de regreso –al amparo del artículo 1145.II CC– contra el naviero porteador por la parte de deuda que exceda de la cuota que le correspondía pagar <sup>29</sup>. Así nos encontramos con que el naviero porteador debería satisfacer indirectamente unas cantidades de las que se encuentra exonerado contractualmente.

Por lo tanto, la utilización del «expediente» de *«la rigurosa órbita de lo pactado»* en la sentencia mencionada produce los efectos negativos siguientes: el naviero porteador debe responder por los daños causados a las mercancías, respecto de los cuales se encuentra exonerado contractualmente, y el naviero no porteador queda obligado frente al cargador a

---

de responsabilidad del porteador como excepciones solidarias personales que pueden ser utilizadas por el no porteador –corresponsable solidario por los daños causados a las mercancías como consecuencia del abordaje– en la parte de reparación que deba satisfacer aquél.

<sup>28</sup> La cuantía de la deuda que deberá satisfacer cada uno de los deudores solidarios será dividida en partes iguales si no resulta una proporción diferente por otros medios, cfr. Díez-PICAZO/GULLÓN, *op. cit.* (n.º 2), p. 139; y CAFFARENA, «Comentario del Código civil (art. 1145)», en *Comentario del Código civil, II*, dir. por Paz-Ares/Díez-Picazo/Bercovitz/Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 1991, p. 141.

<sup>29</sup> Ante este ejercicio del derecho de regreso el naviero porteador no podría oponer la excepción personal de exoneración por culpa náutica al naviero no porteador que se dirige contra aquél en vía de regreso, porque dicha excepción versaría sobre hechos opuestos y desestimados en juicio, lo cual impide la posibilidad de oponer dicha excepción, cfr. CAFFARENA, *op. et loc. cit.* (n.º 28).

satisfacer la totalidad del daño causado a las mercancías en lugar de reducir la cuantía de la deuda en la proporción en que el naviero porteador hubiese sido considerado culpable del abordaje ocurrido<sup>30</sup>. Sin perjuicio del posterior ejercicio del derecho de regreso por el naviero porteador o por el naviero no porteador que haya satisfecho una cantidad superior a la que debía satisfacer de acuerdo con su cuota interna de responsabilidad<sup>31</sup>.

## B) LA «BOTH TO BLAME COLLISION CLAUSE»

Los contratos de transporte marítimo incluyen, generalmente, la denominada «*both to blame collision clause*», cuyo origen se encuentra en el peculiar régimen de responsabilidad solidaria previsto en el sistema jurídico de los Estados Unidos. Conforme a este sistema, el deudor solidario no puede oponer frente a terceros las excepciones solidarias personales del codeudor solidario. De esta forma, el cargador-perjudicado por un abordaje causado por culpa común de los buques intervinientes en el

---

<sup>30</sup> Con el riesgo que esto supone de tener que asumir la posible insolvencia del naviero porteador (corresponsable solidario), ya que de acuerdo con el artículo 1145.III CC la insolvencia de alguno de los deudores solidarios debe ser asumida por el resto de los codeudores solidarios «*a prorrata de la deuda de cada uno*». En consecuencia, si una vez realizado el pago el naviero no porteador ejercita su derecho de regreso contra el naviero porteador y resulta que éste es insolvente el naviero no porteador deberá asumir dicha insolvencia. Así se pronuncia, con carácter general, CAFFARENA, *op. cit.* (n.º 28), pp. 140 y 142.

<sup>31</sup> Frente a la inadecuada solución adoptada por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, debemos destacar la doctrina –correcta, a nuestro juicio– reflejada en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Primera, 30 de abril de 1996, al resolver un supuesto prácticamente idéntico al enjuiciado por la STS de 27 de julio de 1997. Concretamente, se trata del mismo abordaje marítimo, si bien en este caso la reclamación es presentada por la aseguradora de un cargador diferente. Pues bien, la sentencia de la Audiencia ante la acción de indemnización de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo planteada por la aseguradora del cargador, en lugar de disponer con fundamento en la normativa reguladora del abordaje la responsabilidad del buque porteador y la del buque no porteador, diferencia entre ambas responsabilidades. Así, aplica la normativa reguladora de la responsabilidad contractual para determinar la indemnización que debe satisfacer el buque porteador y la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo para determinar la indemnización que debe satisfacer el buque no porteador. El resultado de la sentencia consistió en reconocer la exoneración por culpa náutica del buque porteador y la reducción de la indemnización que debía satisfacer el buque no porteador en la cuota en que fue considerado culpable del abordaje el buque porteador (50 por 100), como consecuencia del acogimiento de la excepción solidaria de exoneración de responsabilidad por culpa náutica.

Se trata, por tanto, de una sentencia en la que se reflejan adecuadamente las ideas que venimos exponiendo en este trabajo y donde se ponen de manifiesto las diferentes conclusiones que derivan de aplicar la tesis que consideramos procedente (desplazamiento o exclusión de la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual derivada del abordaje marítimo por parte de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y aplicación del régimen de excepciones solidarias de nuestro Código Civil) o la tesis incorrecta aplicada por el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada (conforme a la cual, lo que constituye un supuesto de hecho generador de responsabilidad contractual, ficticiamente se convierte en un supuesto de hecho generador exclusivamente de responsabilidad extracontractual, impidiendo que sean acogidas la exoneración por culpa náutica del buque porteador y la excepción solidaria –de exoneración del buque porteador por culpa náutica– del buque no porteador.

mismo, puede reclamar la totalidad del daño causado a las mercancías transportadas en el buque porteador al buque no porteador, el cual deberá satisfacer íntegramente dichos daños, porque no puede oponer frente al cargador las excepciones personales del codeudor solidario (como, por ejemplo, la de exoneración por culpa náutica). Pero sí puede ejercitar el derecho de regreso (una vez que haya satisfecho los daños derivados del abordaje), reclamando la cuota de responsabilidad por los daños causados a las mercancías correspondiente a la culpa en que haya incurrido el corresponsable solidario (el porteador). De forma que indirectamente el porteador debería responder por los daños causados a las mercancías transportadas. Responsabilidad de la que se encuentra exonerado en virtud de lo dispuesto por la COGSA de 1936<sup>32</sup>.

Mediante dicha cláusula, el referido cargador queda obligado a reintegrar al porteador la cantidad que este último haya debido satisfacer al naviero no porteador por los daños o pérdidas en las mercancías (transportadas a bordo del buque porteador y objeto del correspondiente contrato de transporte entre cargador y porteador) derivados de un abordaje por culpa común, como consecuencia del ejercicio por el cargador-perjudicado de una acción de responsabilidad por abordaje dirigida exclusivamente contra el naviero del buque no porteador y del posterior ejercicio del derecho de regreso por el no porteador contra el porteador<sup>33</sup>. Cláusula que ha sido declarada nula por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para los contratos de transporte marítimo sujetos a la *Harter Act* o a la COGSA<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Vid. TETLEY, *Marine cargo claims*, 3.ª ed., 1988, pp. 631 y 632; y GILMORE/BLACK, *The Law of Admiralty*, 2.ª ed., 1975, pp. 173 a 175; quienes inciden en la obligación del no porteador de responder —en base al régimen de responsabilidad solidaria— frente al cargador por la totalidad de los daños sufridos por las mercancías y en la consiguiente responsabilidad indirecta del buque porteador por dichos daños, como consecuencia de la posterior reclamación del buque no porteador al buque porteador.

<sup>33</sup> Cfr., entre otros, TETLEY, *op. et loc. cit.* (n.º 32); y GILMORE/BLACK, *op. et loc. cit.* (n.º 32).

<sup>34</sup> Cfr. «United States v. Atlantic Mutual Ins. Co.» (The Esso Belgium-The Nathaniel Bacon) (1952), *AMC*, p. 659, donde el Tribunal Supremo decidió la nulidad de la mencionada cláusula al considerar —entre otros argumentos— que sería anómalo excluir por medio de una cláusula incorporada en un conocimiento de embarque el derecho legal de un cargador a recuperar la totalidad de los daños sufridos por las mercancías mediante una reclamación ejercitada contra el buque no porteador, y concluyendo que si el régimen de responsabilidad debe ser modificado lo debería modificar el Congreso y no los navieros. No obstante, los Magistrados Frankfurter y Burton disintieron de la decisión adoptada por el Tribunal, lo que nos da una idea de la diversidad de opiniones existentes en torno a esta materia. Pero la nulidad de la cláusula no afecta a los contratos privados de transporte no sometidos a la COGSA, o a la *Harter Act*, como resulta de: «American Union Transport Inc. v. United States» (1976), *AMC*, p. 1480; «Alamo Chemical Transportation Co. v. M/V Overseas Valdes» (1979), *AMC*, p. 2033. Cfr., en este sentido, HEALY/SHARPE, *Cases and materials on Admiralty*, 2.ª ed., 1986, p. 625, n.º 10; y TETLEY, *op. cit.* (n.º 32), p. 632. Asimismo, entre nosotros, RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de accidentes...*, cit. (n.º 3), p. 40; y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *op. cit.* (n.º 4), p. 58. La cláusula sería válida aunque fuese incluida en un contrato privado que incorporase a su vez una cláusula *Paramount* —en virtud de la cual dicho contrato se regiría por la COGSA—, de acuerdo con WILFORD/COGLIN/KIMBALL, *Time Charters*, 4.ª ed., 1995, pp. 526 y 527.

La finalidad perseguida con esa cláusula es, por tanto, evitar que, ante un abordaje causado por culpa común de los buques intervinientes en el mismo, el porteador deba responder indirectamente por unos daños respecto de los que se encuentra exonerado en base al régimen de responsabilidad contractual. Pues bien, este objetivo se consigue en nuestro Ordenamiento mediante lo dispuesto por el Código Civil (especialmente, arts. 1145 y 1148) para el régimen de responsabilidad solidaria. Como ya hemos señalado antes, el naviero del buque no porteador, al cual el cargador-perjudicado por el abordaje por culpa común le reclame la totalidad del daño sufrido por las mercancías, puede oponer la excepción personal del naviero porteador de exoneración por culpa náutica, para disminuir la cantidad que debe satisfacer al cargador en la proporción en que dicho naviero porteador hubiese sido considerado responsable del abordaje. En este sentido, la cláusula en cuestión no tendría una relevancia práctica en nuestro Ordenamiento.

Si esta cláusula hubiese sido incorporada al contrato de transporte relativo a las mercancías transportadas en el buque «Carmen del Mar», no cabría la posibilidad de aplicar la misma con la finalidad de conseguir la exoneración del naviero del buque porteador («Contenemar»), fundamentalmente, por los motivos siguientes:

1.º La Sentencia de 22 de julio de 1997 declara que el régimen de responsabilidad aplicable para determinar la reparación de los daños causados a las mercancías es el extracontractual por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de aplicar una cláusula incorporada a un contrato de transporte marítimo que, a juicio del Tribunal, no ha sido incumplido, para llevar a cabo dicha tarea.

2.º En el presente supuesto, los cargadores ejercitaron una acción de responsabilidad por abordaje, tanto contra el naviero no porteador como contra el naviero porteador, lo cual supone que no nos encontramos ante el supuesto de hecho al que alude la cláusula en cuestión (acción ejercitada contra el no porteador reclamando la totalidad del daño).

3.º De resultar aplicable la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y de encontrarnos ante el supuesto de hecho previsto en la mencionada cláusula, el naviero no porteador (o mejor su aseguradora, «Mutua de riesgo marítimo, sociedad de seguros a prima fija» —anteriormente denominada «Mutua Nacional de Previsión del riesgo marítimo»—) demandado podría utilizar la excepción solidaria personal del naviero porteador («Contenemar») de exoneración de responsabilidad por culpa náutica. Y en caso de no oponer dicha excepción, el propio naviero porteador podría oponer la misma frente al naviero no porteador si este último —una vez que ha indemnizado al cargador— ejercita el derecho de regreso (art. 1145.II CC) contra dicho naviero porteador reclamando parte de las cantidades que ha satisfecho al cargador<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> En este caso, el naviero porteador sí podría ejercitar con éxito la excepción solidaria personal de exoneración por culpa náutica, frente al ejercicio del derecho de regreso del

Por lo tanto, observamos que nuestro Código Civil ofrece diversas vías para evitar que el naviero porteador deba indemnizar indirectamente los daños sufridos por las mercancías como consecuencia de un abordaje por culpa común. Sin necesidad de utilizar la «*both to blame collision clause*» para recobrar las cantidades satisfechas en concepto de indemnización por los daños mencionados.

#### 4. CONCLUSIONES

1. El régimen de responsabilidad por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio –al igual que el establecido por la normativa comparada e internacional relativa a dicho accidente– es de carácter extracontractual, tal y como ha reconocido de forma prácticamente unánime la doctrina y diversas sentencias del Tribunal Supremo.

2. El régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo de nuestro Código de Comercio y del Convenio de 1910 sobre esta materia se diferencia del régimen de responsabilidad derivado del contrato de transporte marítimo sometido a lo dispuesto por las Reglas de La Haya-Visby 1924/1968, o por la Ley de Transporte Marítimo de mercancías de 1949, en aspectos como el de las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad, el del plazo de prescripción de las acciones y el de las formalidades previas al ejercicio de la acción.

3. La responsabilidad derivada de los abordajes marítimos que constituyan la causa de la infracción de un contrato de transporte marítimo, previamente existente, entre el naviero responsable del abordaje y el dañado por dicho accidente, quedará sometida a lo dispuesto por las normas reguladoras del contrato de transporte marítimo. Normas que excluyen o desplazan la aplicabilidad de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo.

4. La tesis concreta que permitiría llevar a cabo dicha exclusión sería aquella conforme a la cual las normas reguladoras de la responsabilidad contractual, y las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual, fundamentarían dos pretensiones diferentes y autónomas entre sí. Pero quedando el Juez vinculado únicamente por los hechos aportados por el demandante en su pretensión (que constituirían la *causa petendi*) y por la solicitud de resarcimiento de daños realizada por éste

---

naviero no porteador, ya que esta excepción versaría sobre hechos opuestos en el juicio y estimados por el Juez. Los hechos, concretamente, se referirían a la causación de daños a las mercancías por culpa –entre otros– de la tripulación del buque porteador interviniente en el abordaje, es decir, versaría sobre la exoneración por culpa náutica, a la que hemos aludido reiteradamente. Y las excepciones relativas a hechos opuestos en el juicio y estimados por el Juez, o sobre hechos no opuestos por quien realiza el pago en el juicio, legitiman al codeudor solidario a oponer excepciones de carácter personal frente al ejercicio del derecho de regreso por el deudor solidario que ha satisfecho una cantidad superior a la que le correspondía indemnizar, tomando como referencia la distribución interna –por medio de cuotas– de la deuda entre los deudores solidarios, cfr. CAFFARENA, *op. cit.* (n.º 28), p. 141.

(es decir, el *petitum*). Encontrándose facultado el Juez, en consecuencia, para resolver la pretensión resarcitoria planteada por el demandante-perjudicado con fundamento exclusivamente en la normativa reguladora del abordaje marítimo, aplicando la normativa reguladora de la responsabilidad contractual, con base en el principio *iura novit curia* y sin incurrir en incongruencia.

5. Al compartir las conclusiones anteriores, consideramos que la STS de 22 de julio de 1997 (RJA 6156) resolvió inadecuadamente la acción de indemnización de daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo, planteada por las aseguradoras de las mercancías dañadas contra las navieras de los dos buques culpables intervinientes en el abordaje y sus aseguradoras y fundamentada en la normativa del Código de Comercio reguladora de dicho accidente. Las causas de la incorrecta resolución del supuesto planteado se encuentran en la utilización de un mero «expediente» (el de «*la rigurosa órbita de lo pactado*») para justificar la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo tanto al naviero porteador como al naviero no porteador. Cuando lo procedente hubiera sido aplicar al naviero porteador el régimen de responsabilidad por infracción del contrato de transporte marítimo, bajo conocimiento de embarque, y al naviero no porteador el régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo previsto en nuestro Código de Comercio. Concretamente, el Tribunal debió exonerar al naviero porteador de responsabilidad por los daños sufridos por las mercancías, al concurrir la denominada exoneración por culpa náutica [arts. 4.2.a) RHV y 8.a) LTM], y debió permitir al naviero no porteador beneficiarse de una reducción en el resarcimiento de los daños causados a dichas mercancías –como consecuencia del abordaje marítimo– en la proporción en que el naviero porteador hubiese sido considerado responsable solidario del abordaje recurriendo para ello a la excepción solidaria personal correspondiente al naviero porteador de exoneración por culpa náutica (art. 1148 CC).



# Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)<sup>1</sup>

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO\*

Catedrático de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Delimitación del tema.*—II. *Finalidad de la Posición Común.*—III. *Los preceptos de la Posición Común relativos a la publicidad.*—IV. *Significado de la publicidad comercial en el marco jurídico del contrato.*—V. *Las declaraciones públicas como criterio de conformidad del objeto.*—VI. *Declaraciones públicas y libertad de contratar.*—VII. *Presupuestos de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas sobre las cualidades del objeto.*—VIII. *Los límites de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en nuestro Ordenamiento.*—IX. *Los límites de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en la Posición Común.*—X. *Efectos de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en la Posición Común.*—XI. *Articulación de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad en la Posición Común.*—XII. *La garantía que resulta de declaraciones públicas.*—XIII. *Falta de conformidad del objeto y responsabilidad del «productor» por sus declaraciones públicas.*

## I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

La *Propuesta de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantía de los bienes de consumo de 16 de octubre de 1996 (DOCE C 307/8), tras la tramitación correspondiente, ha dado lugar a la redacción de la *Posición Común número 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*<sup>2</sup>. Tanto la Propuesta de

---

\* Este trabajo ha sido escrito para el Libro Homenaje al profesor Antonio Hernández Gil.

<sup>1</sup> El autor desea dejar constancia de su agradecimiento a la AGES por haber contado con la ayuda del PB95-0195.

<sup>2</sup> «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» (en adelante: DOCE) C 333/46 de 30 de octubre de 1998. La *Posición Común* tiene como punto de partida la *Propuesta de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantía de los bienes de consumo, de 16 de octubre de 1996 (DOCE C 307/8), a la que ya nos hemos referido en el texto y la *Propuesta Modificada de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 14 de mayo de 1998 (DOCE C 148/12).



Directiva, como la posterior Propuesta Modificada y hoy la Posición Común, contienen normas acerca de la publicidad comercial y su incidencia en el contrato. Sobre ellas voy a hacer algunas reflexiones en este trabajo<sup>3</sup>. Utilizaré el texto de la Posición Común, porque corresponde a la fase más avanzada en los trámites de redacción de la futura Directiva<sup>4</sup>.

## II. FINALIDAD DE LA POSICIÓN COMÚN

El preámbulo de la Posición Común nos indica la finalidad que la misma persigue. Voy a recordar algunas de las motivaciones que en él se recogen.

La acción normativa emprendida por la CE parte de una situación: la libre circulación de mercancías, que ofrece a los consumidores la posibilidad de abastecerse en el territorio de cualquier Estado miembro, y en esa situación pretende crear un conjunto común mínimo de normas en materia de derechos de los consumidores, cuya validez sea independiente del lugar de la compra en la Comunidad<sup>5</sup>. Su objetivo es, en definitiva, reforzar la confianza de los consumidores y permitirles aprovechar mejor las ventajas derivadas del mercado interior<sup>6</sup>.

En las compraventas de consumo, «las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato»<sup>7</sup>. «El principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales»<sup>8</sup>. La conformidad implica una exigencia: «Los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales»<sup>9</sup>. Cuando la misma no se cumple, «el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato». «Ésta es la solución tradicional establecida en los Derechos de los Estados miembros»<sup>10</sup>.

El preámbulo constata, por fin, la situación actual y adelanta algunas previsiones para el futuro: «La legislación y la jurisprudencia en este

<sup>3</sup> Sobre esta propuesta de Directiva puede verse: AMTENBRINK, Fabian; Claudia SCHNEIDER, «Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und -garantien», en *Verbraucher u. Recht*, 1996, 1, 367-380; HONDIUS, «Kauf ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkau und zur Verbrauchergarantie», en *Zs f. Europ. Privatrecht*, 1997, 1, 130-140; JUNKER, «Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch-Der Richtlinienentwurf über den Verbrauchsgüterkauf», en *Dt. Zs. F. Wirtschaftsgüterkauf*, 1997, 7, 271-281; KIRCHER, «Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und -Garantien», en *Zs. F. Rechtspolitik*, 1997, 7, 290-294; MICKLITZ, «Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in EG?», en *Europ. Zs f. Wirtschaftrecht*, 1997, 8, 229-237; WELSER, «Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», en *Recht in Österreich und Europa*, 1997, 323-331.

<sup>4</sup> Nos situamos en el 31 de diciembre de 1998.

<sup>5</sup> Preámbulo § (1).

<sup>6</sup> Preámbulo § (4).

<sup>7</sup> Preámbulo § (5).

<sup>8</sup> Preámbulo § (6).

<sup>9</sup> Preámbulo § (6).

<sup>10</sup> Preámbulo § (8).

ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; (...) a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podrá ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable».<sup>11</sup>

### III. LOS PRECEPTOS DE LA POSICIÓN COMÚN RELATIVOS A LA PUBLICIDAD

La Posición Común tiene algunos preceptos que directamente se refieren a la publicidad comercial. Podemos clasificarlos en dos grupos: *a)* Por un lado regula la publicidad sobre las cualidades de la cosa vendida. Ahí encontramos dos tipos de reglas: las que prevén la incorporación de la publicidad al contrato y, consiguientemente, la vinculación del vendedor [art. 2.2,*d*) Posición Común], y las que establecen los límites o excepciones a esa vinculación (art. 2.4 Posición Común). *b)* También regula la oferta de una garantía comercial a través de la publicidad del producto, y considera que esa garantía vincula a quien la ofrece (art. 6.1 Posición Común).

A continuación voy a transcribir los preceptos a los que me acabo de referir.

A) En cuanto a la falta de conformidad, el artículo 2 de la Posición Común dispone:

«1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa.

2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

*a)* se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;

*b)* son aptos para el uso especial requerido por el consumidor y que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias se deduzca que el consumidor se atuvo a las explicaciones del vendedor;

*c)* son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;

*d)* *presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de*

---

<sup>11</sup> Preámbulo § (21).

*las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.*

3. Se considerará que *no existe falta de conformidad* a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor *tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo.*

4. El vendedor *no quedará obligado por las declaraciones públicas* contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra:

- que *desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera* la declaración en cuestión,
- que dicha declaración *había sido corregida* en el momento de la celebración del contrato, o
- que dicha declaración *no pudo influir en la decisión de comprar* el bien de consumo.»

B) En lo que se refiere a la garantía comercial, el artículo 6.1 Posición Común dispone:

«La *garantía comercial* obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y *en la correspondiente publicidad.*»

#### IV. SIGNIFICADO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO

Los preceptos que acabamos de transcribir nos sitúan ante un efecto de la publicidad comercial: el efecto vinculante, en los contratos celebrados bajo su influencia. Este efecto, el único que ahora nos importa, no agota, sin embargo, toda su problemática jurídica. La «publicidad engañosa» es, en sí misma, objeto de control y sanción en las normas comunitarias e internas, por inducir a error a los consumidores, a quienes se dirige, y perjudicar a los competidores.

Pensando en la publicidad engañosa, la Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa<sup>12</sup>, concibe a la publicidad, de modo flexible, como «toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones» (art. 2.1 Directiva 84/450/CEE). Son términos muy parecidos a los que en nuestro Ordenamiento utiliza la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publici-

<sup>12</sup> DO núm. L 250, de 19 de septiembre.

dad, en su artículo 2<sup>13</sup>. Esa misma orientación es seguida por la Posición Común. La expresión que utiliza, «declaraciones públicas», permite incluir «toda forma de comunicación»; comprende tanto las manifestaciones contenidas en la publicidad difundida a través de los medios de comunicación como las que tienen otro soporte, como, por ejemplo, el etiquetado del producto [art. 2.2.d) Posición Común].

Una aproximación a la publicidad desde la perspectiva del contrato impone destacar la información que la misma ofrece al contratante consumidor. El conocimiento que éste tiene del producto no es hoy, como en épocas anteriores, un conocimiento directo, sino en buena medida conseguido a través de la información que del mismo se le ofrece, obtenida, a menudo, a través de la publicidad. Cuando la publicidad incide en el contrato, la protección del consumidor puede desenvolverse a través del propio contrato, vinculando al otro contratante en los contenidos de sus declaraciones públicas. La cuestión entonces es ésta: ¿bajo qué presupuestos queda obligado el contratante profesional por la publicidad, u otras manifestaciones públicas, que incidan en la celebración del contrato?

La vinculación contractual sólo puede producirse si las declaraciones públicas tienen contenidos suficientemente concretos, susceptibles de generar esa vinculación; o, dicho de otro modo, si pueden suscitar expectativas concretas en el consumidor. Esto ocurre en la publicidad con contenido informativo; no, en la meramente persuasiva, que se orienta a incitar al consumo de un producto.

En este ámbito de la publicidad de contenido informativo y concreto, el problema puede tener dos manifestaciones. Puede consistir en que la publicidad sea falsa, porque atribuye al producto cualidades que no tiene, ni, razonablemente, se pueden llegar a conseguir en él. O bien puede ocurrir que, teniendo la publicidad contenidos posibles, el contratante profesional no se considera obligado por ella. En ambos casos la consecuencia contractual es la misma: el contratante profesional queda vinculado por el contenido de la publicidad; aunque los remedios de que pueda disponer el consumidor no sean, obviamente, los mismos. En el primer caso, si hay imposibilidad, va a carecer de la acción de cumplimiento, pero no del remedio resolutorio, del de reducción del precio o del indemnizatorio, conforme a las características del Ordenamiento aplicable. En el segundo caso, puede además exigir el cumplimiento.

Las reglas sobre la publicidad (declaraciones públicas) de la Posición Común [arts. 2.2 d); 6.1 Posición Común] permiten evitar las dificultades dogmáticas que presenta la incorporación de la publicidad al contrato;

---

<sup>13</sup> «A los efectos de esta Ley, se entenderá por : (...) – Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (art. 2 Ley General de Publicidad). La coincidencia de esta Ley con la Directiva anteriormente indicada en el texto no es casual: esta Ley incorpora al Ordenamiento español esa Directiva.

dificultades que se presentan, tanto desde los postulados de la construcción voluntarista del contrato, como desde los de la declaracionista. Porque el voluntarismo, al basar el contrato en el presupuesto ineludible de la voluntad, se encuentra con el obstáculo de que el contratante que hace declaraciones públicas no tiene voluntad de vincularse por ellas<sup>14</sup>. Y el declaracionismo, al circunscribir la vinculación contractual a las declaraciones contractuales, no encuentra razón para que vinculen las manifestaciones previas de las partes, que no forman parte de la declaración contractual<sup>15</sup>. Estas dificultades, ciertamente, no son insuperables. En nuestro Ordenamiento se han superado. Primero integrando el contenido del contrato conforme a las exigencias de la buena fe, de acuerdo con el artículo 1258 CC<sup>16</sup>. Con esa finalidad utiliza este precepto la importante STS de 27 de enero de 1977. Posteriormente, a través de previsiones legales concretas. Es particularmente importante el artículo 8 de la LGDCU.

## V. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS COMO CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL OBJETO

La Posición Común utiliza el concepto de conformidad al contrato, que considera como una «base común a las diferentes tradiciones nacionales». Es un concepto tomado de la Convención de Viena<sup>17</sup>. Implica que la cosa tiene las cualidades que exige en ella el contrato. La falta de conformidad significa que no existe esa correspondencia; que existe incumplimiento del vendedor y son oportunos los remedios fundados en el mismo.

<sup>14</sup> Sobre este punto, MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGDCU)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, 1992 [cit.: *Homenaje Vallet*], pp. 674 a 676.

<sup>15</sup> Sobre esto, MORALES MORENO, *Homenaje Vallet*, pp. 673, 674.

<sup>16</sup> Sobre esta sentencia, por todos, LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *RDP*, 1980, pp. 50 ss. Véase también, MORALES MORENO, *Homenaje Vallet*, pp. 676 a 680.

<sup>17</sup> Transcribimos a continuación el artículo 35 de la Convención de Viena [Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España (BOE de 30 de enero de 1991)], que regula la conformidad: «1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato. 2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo; b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; c) que posean las cualidades de la muestra o el modelo que el vendedor haya presentado al comprador; d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas. 3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

Las declaraciones públicas son en la Posición Común un criterio (entre otros) para establecer el modelo o tipo de objeto exigible conforme al contrato. La falta de adecuación del objeto entregado a las declaraciones públicas determina su falta conformidad. Las declaraciones públicas no son, ciertamente, el único criterio de conformidad utilizado. La Posición Común menciona otros: descripción del vendedor, muestra presentada por éste, uso especial requerido por el consumidor, uso ordinario de bienes del mismo tipo. No deja claro cómo han de articularse entre sí estos criterios, cuando concurren varios. No puede sostenerse, como pudiera parecer a primera vista tras la lectura del precepto, que existe conformidad si la cosa se adecúa a cualquiera de los criterios mencionados en el artículo 2. En algunos casos los criterios son complementarios, pero en otros no, y debe prevalecer uno de ellos sobre los otros (por ej., uso especial requerido por el comprador). Al legislador nacional le queda la tarea de regular la articulación entre los criterios de conformidad que, al incorporar la Directiva, establezca.

## VI. DECLARACIONES PÚBLICAS Y LIBERTAD DE CONTRATAR

En nuestra doctrina<sup>18</sup>, algún autor ha sostenido que, conforme al artículo. 8 LGDCU, «el consumidor destinatario de la “oferta publica” puede exigir al empresario celebrar el contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre la incidencia de la publicidad en el contrato puede verse en nuestra doctrina: BERCOVITZ, Alberto/BERCOVITZ, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 62, 63, 180 a 186; CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, pp. 293 ss.; FONT GALÁN, «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, cap. 3, pp. 57 ss.; FONT GALÁN, «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, diciembre de 1988, pp. 7 a 47; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, 1994; LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *RDP*, 1980, pp. 50 ss.; MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *Homenaje Váñez*; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*: Art. 8.1 y 2, Editorial Civitas, 1992, pp. 139 ss.; REYES LÓPEZ, «El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 43, 1997, pp. 63 ss.; REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante*, pp. 142 ss.

<sup>19</sup> FONT GALAN, *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1990, pp. 76 y 77. Anteriormente este mismo autor se refiere a esta cuestión en «La integración publicitaria del contrato: Un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4 (diciembre), 1988, pp. 31 a 34. En este lugar afirma: «El fundamento lógico jurídico de la exigibilidad o vinculatoriedad obligacional del contenido de la publicidad no está en el contrato promovido o celebrado, sino en la confianza (...) generada en el ánimo económico y negocial del consumidor por medio de las declaraciones publicitarias. La tutela de esa confianza no sólo se proyecta sobre la fase de ejecu-

Tal punto de vista, que no compartimos, es minoritario en nuestra doctrina. Además, resulta indefendible sobre el texto de la Posición Común. Contradice el significado de la publicidad y la función del contrato. Parte de una idea inexacta: considerar que es la publicidad la que por sí misma vincula al que la emite, frente a cualquiera de sus posibles destinatarios, y no, como ha de ser, el contrato, integrado conforme a la publicidad que le precede. La publicidad sólo sería vinculante si constituyera una verdadera oferta pública. Pero, además, esta opinión concibe al contrato como un instrumento sancionador del anunciante, en vez de como un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad. La publicidad engañosa merece corrección a través de cauces jurídicos diferentes del de imponer la obligación de celebrar un contrato.

La Posición Común no contiene ningún precepto que obligue a la parte profesional a contratar, cuando median declaraciones públicas, según el contenido de éstas; y hasta permite, por el contrario, que el contenido de tales declaraciones sea corregido en el contrato que se celebra (art. 2.4 Posición Común). En la Posición Común, la exigencia de conformidad del objeto con las declaraciones públicas sólo se produce si se ha celebrado el contrato de compraventa (art. 2 Posición Común). De modo parecido, la vinculación por la garantía anunciada sólo cobra relevancia si se celebra el contrato (art. 6, 1 Posición Común). Esta regulación no es consecuencia de que se haya preferido mantener en niveles mínimos la protección de los consumidores, sino de la propia naturaleza de las cosas; pues, como ya hemos dicho, ni la publicidad debe ser tratada como oferta de contrato, ni la función del contrato es sancionar.

## VII. PRESUPUESTOS DE LA VINCULACIÓN DEL VENDEDOR POR LAS DECLARACIONES PÚBLICAS SOBRE LAS CUALIDADES DEL OBJETO

Conforme al artículo 2.2.d) Posición Común, son necesarios los siguientes presupuestos para que se produzca la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas sobre las cualidades del objeto:

1. El primer presupuesto es el subjetivo. Al vendedor le vinculan no sólo sus propias declaraciones (entendiendo por propias las de sus auxiliares), sino también las del «productor o su representante» [art. 2.2.d)

ción del contrato, sino también sobre las anteriores fases (...)]. Y agrega: «Es lógico, pues, postular la exigibilidad o cumplimiento de la “oferta publicitaria por parte del consumidor ofertualmente engañado”, y ello aun cuando el contrato no se haya celebrado todavía». Concluye así: «El artículo 8.º LDDCU sólo se ha referido a la frustración y al daño a la confianza del consumidor producidos en el momento contractual. Pero ello no debe juzgarse que esta solución se excluya en los supuestos en que esa confianza se frustra y daña en el momento precontractual, frustración y daño que debe repararse atribuyéndosele al consumidor la acción para exigir la celebración del contrato integrado con el contenido publicitario». [*Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4 (diciembre), 1988, pp. 32 y 33].

Posición Común]. Tanto el concepto de «vendedor», como los de «productor» y «representante» están definidos en la Posición Común y conviene recordarlos:

a) Vendedor es: «cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo<sup>20</sup> en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.c) Posición Común]<sup>21</sup>.

b) Productor es: «el fabricante del bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca comercial u otra marca de identidad».

El concepto de «productor» es amplio y flexible. Comprende tanto al verdadero fabricante e importador en el territorio de la Comunidad, como a quien se presenta como productor, con indicaciones en el bien de consumo; o, aunque no se diga directamente, en la publicidad específica del mismo. En la Posición Común ha desaparecido la definición de representante del productor, que recogía la Propuesta Modificada<sup>22</sup>; a pesar de lo cual el artículo 2.2.d) de la Posición Común sigue refiriéndose a él, como sujeto que vincula al vendedor con sus declaraciones.

Tratándose de una regla que intenta la protección de la confianza del comprador, a través del contrato, se explica que esa protección no se limite al caso en que las declaraciones públicas provienen del vendedor y a él le sea imputable la responsabilidad por la confianza, sino que también comprenda aquellos otros casos en los que las declaraciones provienen de terceros: sólo de determinados terceros («*declaraciones públicas... hechas por el vendedor, el productor o su representante*») [art. 2.2.d) Posición Común]. Más adelante veremos cuáles son los límites de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas ajenas.

2. Las declaraciones públicas a las que se refiere el artículo 2.2.d) de la Posición Común no abarcan cualquier contenido del contrato, sino sólo los correspondientes a las cualidades del objeto («*calidad*» y «*prestaciones habituales*» del bien) que inciden en la conformidad del mismo. Fuera de éstas y las referentes a la garantía, también reguladas, no se con-

---

<sup>20</sup> Por bien de consumo se entiende «cualquier bien mueble corpóreo, excepto los siguientes: – los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, – el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, – la electricidad» [artículo 1.2.b) Posición Común]. «Los Estados miembros podrán establecer que los “bienes de consumo” no incluyan los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta» [art. 1.1.3 Posición Común].

<sup>21</sup> El consumidor es definido en estos términos: «toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.b) Posición Común].

<sup>22</sup> En la versión de la Propuesta de Directiva anterior a la Posición Común, se definía así: Representante del productor es «la persona física o jurídica que actúe como el distribuidor oficial o prestador oficial de servicios del productor, con exclusión de los vendedores independientes que actúen exclusivamente como detallistas» [artículo 1.f) Propuesta Modificada].



templan otras declaraciones públicas sobre cualquier otro elemento; por ejemplo: acerca del precio del producto o las condiciones de pago del mismo.

La Posición Común se ha limitado a incidir en el punto más vivo de las compraventas de consumo, que para ella es la falta de conformidad. Así lo reconoce expresamente: «las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflicto con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato»<sup>23</sup>. En nuestro Ordenamiento, el artículo 8 LGDCU no restringe a las cualidades del objeto el contenido vinculante de la publicidad; y menos ha de restringirlo la aplicación del principio de buena fe (art. 1258 CC).

3. Los términos en que se expresa la Posición Común [*«prestaciones... de un bien... que el consumidor puede fundadamente esperar»* art. 2.d) Posición Común] ponen de manifiesto que lo que determina la vinculación del vendedor no es tanto la existencia de declaraciones públicas, cuanto la confianza justificada que las mismas puedan provocar en el comprador (lo que el *«consumidor puede fundadamente esperar»*). La Posición Común, de acuerdo con el principio de buena fe, conecta a la confianza del consumidor la exigencia de su protección; con ello, al mismo tiempo está ofreciendo el criterio para delimitar esa protección. El consumidor no requiere protección si las declaraciones no han generado en él confianza; o si su confianza no está justificada, teniendo en cuenta el contenido y significado de las mismas.

4. En el texto de la Posición Común también se apunta una exigencia de concreción en las características atribuidas a los bienes por las declaraciones públicas (*«declaraciones públicas sobre características concretas de los bienes»* [art. 2.2.d) Posición Común]). La publicidad sólo puede generar vinculación contractual si tiene contenidos concretos sobre las cualidades del producto.

## VIII. LOS LÍMITES DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Antes de explicar en la Posición Común, cuáles son los límites a la incorporación de las declaraciones públicas al contrato, vamos recordar el estado de la cuestión en nuestro Ordenamiento, y las abiertas exageraciones a las que se ha entregado nuestra doctrina. La Posición Común creo que puede contribuir a entender las normas de nuestro Ordenamiento de un modo equilibrado sin caer en el exceso.

En el Derecho español no se discute hoy que la publicidad se incorpore al contrato; sí, en cambio, el modo en que se produce la incorporación. La doctrina se cuestiona si la autonomía de la voluntad puede

<sup>23</sup> Preámbulo § (5).

excluir del contrato elementos presentes en las declaraciones públicas, y en este punto nuestra doctrina se halla dividida.

Un grupo de autores ha sostenido que los contenidos de la publicidad no pueden ser excluidos del contrato por el consumidor, salvo cuando la cláusula pactada le resulte más favorable. Fundan su criterio en el tenor literal del artículo 8 LGDCU<sup>24</sup>; unido al carácter irrenunciable de los derechos de los consumidores<sup>25</sup>.

En contra de esta opinión mayoritaria, Luis Díez-Picazo ha dicho, con buen criterio: «La publicidad de carácter informativo (...) es una fuente de integración del contrato celebrado por los consumidores. (...) La Ley de 1984 llega sin embargo más lejos, pues sólo permite que prevalezca sobre el contenido de las comunicaciones de promoción o de publicidad las cláusulas expresas del contrato, cuando éstas sean más beneficiosas. Lo que, a nuestro juicio, no debe considerarse de aplicación a aquellos casos en que el clausulado contractual ha podido ser debatido y libremente aceptado y debe, por tanto, considerarse sólo aplicable esta regla de prevalencia respecto del contenido predispuesto en condiciones generales de contratación»<sup>26</sup>.

Tampoco la jurisprudencia ha seguido el criterio mayoritario<sup>27</sup>. No ha tenido inconveniente en admitir que el conocimiento de las características del objeto por el comprador, al tiempo de contratar, excluye la incorporación al contrato del contenido de la publicidad (STS de 2 de diciembre de 1986).

En mi opinión, la incorporación de la publicidad al contrato debe tener como función, la protección de la confianza del consumidor (lo que éste puede esperar del producto como consecuencia de las declaraciones públicas), y no sancionar al anunciante por sus declaraciones. De ahí que esa incorporación tenga límites. Los derivados de la autonomía de la voluntad, en la medida en que la misma pueda actuar; y los provenientes de la exigencia de protección de la confianza.

El juego de la autonomía de la voluntad se ha pretendido restringir en nuestro Ordenamiento, invocando la disposición del artículo 2.3 LGDCU,

---

<sup>24</sup> La puesta en relación del párrafo segundo del artículo 8 LGDCU con el párrafo primero puede hacer creer que el contenido de la publicidad sólo puede modificarse en el contrato, cuando éste contiene una cláusula más favorable. Recordemos lo que dispone el párrafo segundo: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad».

<sup>25</sup> Un extracto de las opiniones doctrinales que se orientan en esta dirección lo encontramos en CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, p. 300. Ahí recoge las opiniones de Rodrigo Bercovitz, López Sánchez, Martínez de Aguirre y Pasquau Liaño.

<sup>26</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1996, p. 328.

<sup>27</sup> Un estudio de la jurisprudencia en CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, pp. 293 a 305. También REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante*, pp. 142 a 147. En relación con los viajes turísticos, CARLOS LASARTE, «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los "viajes combinados" (en torno a la Ley 21/1995 de 6 de julio, y la jurisprudencia precedente)», en *RCDI*, núm. 643, 1997, pp. 2197 ss.

que considera nula «la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios». Mas creo que la verdadera función de este precepto no ha de ser limitar el poder de la autonomía de la voluntad para establecer las cualidades del objeto, sino impedir que se pacte la exclusión de los medios de protección que ofrece la ley al consumidor.

## IX. LOS LÍMITES DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN LA POSICIÓN COMÚN

Como sucede en el Derecho español, la Posición Común impide al comprador renunciar anticipadamente a los derechos que ella le atribuye en caso de falta de conformidad<sup>28</sup>, pero esto no implica que no admita la existencia de límites en la vinculación por declaraciones públicas. Tales límites se perfilan en el artículo 2.3 y 2.4 de la Posición Común.

1. El primero de estos preceptos se aplica a cualquier manifestación de falta de conformidad. Dispone: «Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo»<sup>29</sup>.

Si el comprador conoce la falta de conformidad del objeto a las declaraciones públicas no se da el presupuesto exigido por la Posición Común en esta manifestación de la falta de conformidad: la confianza del consumidor. Éste no puede fundadamente esperar que el bien presente la calidad y prestaciones indicadas en la publicidad [art. 2.2.d) Posición Común]. No obstante el consumidor puede merecer protección, si existe una garantía de que la falta de conformidad va a ser corregida.

2. El otro artículo que anteriormente indicábamos es el 2.4 de la Posición Común. Comienza diciendo: «El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra (...)». A continuación enumera tres casos en los que el vendedor no queda obligado.

Los tres casos se refieren a la falta de conformidad del objeto con las declaraciones públicas; sin indicar si las declaraciones provienen de un tercero o del propio vendedor. Conviene recordar que inicialmente, en la

---

<sup>28</sup> «Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional» (art. 7.1 Posición Común).

<sup>29</sup> En la versión anterior el precepto decía: «Los bienes de consumo se considerarán conformes al contrato en el sentido de este artículo si, en el momento de la venta, el consumidor da su consentimiento a la celebración del contrato, a pesar de conocer la falta de conformidad» (art. 2.3, Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, DOCE C, 148/12).

Propuesta de Directiva, este precepto se aplicaba exclusivamente a las declaraciones públicas de tercero<sup>30</sup>. La Posición Común ha modificado su redacción, de modo que no limita su aplicación a las declaraciones de tercero. A pesar de los términos en los que hoy está redactado, el precepto conserva los rastros de su origen, y consecuentemente alguno de los supuestos que recoge sólo es aplicable a la publicidad que proviene de tercero, no pudiendo extenderse a la del vendedor.

La exclusión de responsabilidad se produce si el vendedor demuestra:

«— que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión,  
— que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o  
— que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.»

a) La primera causa de exclusión tiene sentido si se aplica a la publicidad ajena al vendedor, que proviene del productor o su representante, pero no en la que emana del mismo vendedor. Ante un acto que proviene de él mismo, no podrá alegar que desconoce su existencia.

En relación con la publicidad ajena, el vendedor puede exonerarse de la vinculación si prueba que la desconoce y que no es razonable esperar ese conocimiento. Nótese que la prueba se refiere a la existencia de la publicidad y no a su posible inexactitud, o a las dificultades que presente el cumplimiento conforme a ella. La prueba del desconocimiento de la existencia de la publicidad, como prueba de un hecho negativo, sería difícil de articular si hubiera de acreditarse el efectivo desconocimiento del vendedor (o sus auxiliares). Por ello quizá baste probar que no es razonable esperar ese conocimiento.

No produciéndose la prueba exoneratoria, el vendedor queda obligado por las declaraciones públicas ajenas, aunque actúe de buena fe e ignore que tales declaraciones son inexactas<sup>31</sup>.

b) También se exonera el vendedor si demuestra que la declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato. Corregir la declaración (pública) implica realizar otra declaración orientada a excluir o modificar el contenido de la primera. Por ejemplo: si la etiqueta del producto indica un peso neto que no tiene, la declaración correctora podrá consistir en advertir al consumidor de esta circunstancia; si las declaraciones públicas asignan al modelo del automóvil una determinada potencia, advertir al comprador que no tiene esa potencia. La declaración

---

<sup>30</sup> Su redacción era ésta: «El vendedor no será responsable de la falta de conformidad que resulte de las declaraciones públicas realizadas por el productor o por su representante si: (...).» (art. 3.2 Propuesta de Directiva).

<sup>31</sup> La Posición Común sigue un criterio diferente del que en nuestro Ordenamiento ha seguido la Ley 22/1994, De responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Conforme a esta Ley el vendedor responde: «cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto».

correctora puede hacerla el mismo sujeto que hizo las declaraciones públicas corregidas o el propio vendedor. Lo que importa en la corrección es que destruya la confianza del comprador.

c) Una última vía para la exoneración del vendedor se abre si éste demuestra que las declaraciones públicas no pudieron influir en la decisión del comprador de comprar el bien de consumo. Lo que en este caso habrá de acreditar el vendedor es que el comprador, aunque no hubiera conocido las declaraciones públicas, hubiera tomado la misma decisión de comprar el bien, en las mismas condiciones en que lo ha hecho. Así, por ejemplo, si prueba que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas; o que lo que busca el comprador en la cosa es la posibilidad de un uso especial, puesto en conocimiento del vendedor al realizar la compra, que nada tiene que ver con las cualidades que la atribuye la publicidad [art. 2.2.c) Posición Común].

## **X. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN LA POSICIÓN COMÚN**

Como ya hemos indicado, la Posición Común regula los efectos contractuales de la publicidad en dos ámbitos diferentes: el de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad del objeto, y el de la garantía comercial. En el primero, que es el que ahora nos interesa, el vendedor queda contractualmente vinculado por el contenido de las declaraciones públicas referentes a las cualidades del objeto (provengan de él, del productor o de su representante) y esa vinculación genera una exigencia de conformidad del mismo.

La Posición Común regula los remedios en caso de falta de conformidad, bajo el epígrafe «derechos del consumidor» (art. 3 Posición Común). No contempla remedios especiales para el comprador en caso de falta de conformidad con las declaraciones públicas, sino que aplica en este caso los mismos remedios que ofrece en general para cualquier manifestación de falta de conformidad.

No me corresponde ahora estudiar con detalle estos remedios, ya que no es ése el fin de este trabajo; pero sí me parece oportuno hacer algunas observaciones sobre el significado y función de los mismos, relacionadas con el tema que nos ocupa.

Creo que delimitar las manifestaciones de falta de conformidad (art. 2 Posición Común), establecer la responsabilidad del vendedor «ante el consumidor» por «cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien» (art. 3 Posición Común), y articular, en sus aspectos básicos, un sistema coherente de remedios, aunque éstos sean los mínimos, tal como hace la Posición Común, cubre una importante función armonizadora en los derechos nacionales europeos; pues, sin

duda alguna, se trata de una materia no bien articulada en muchos de ellos, que ha adquirido una enorme complejidad, y en la que las soluciones no siempre son previsibles.

La Posición Común ha seguido en este punto, en sus rasgos básicos, el modelo de sistema articulado de remedios que aporta la Convención de Viena. Puede resultar chocante, a primera vista, que una norma de protección de consumidores se inspire en un modelo de responsabilidad contractual (en sentido amplio) diseñado para comerciantes; pero se explica por las ventajas técnicas de la adopción de ese modelo, ya que el mismo ofrece una estructura articulada de la responsabilidad contractual, y da un tratamiento inicialmente unitario al incumplimiento. Se explica, además, porque el modelo de responsabilidad contractual de la CV, bastante duro para cada una de las partes contratantes, vendedor y comprador, se utiliza en la Posición Común sólo en una dirección, para la responsabilidad del vendedor. La Posición Común no regula las obligaciones del comprador ni su responsabilidad por incumplimiento.

Que en el Derecho comparado europeo el problema de la falta de conformidad (utilicemos esta expresión para aludir al problema, aunque el concepto no sea utilizado por los viejos Códigos) es un problema de tratamiento complejo, lo pone de manifiesto nuestro propio Ordenamiento<sup>32</sup>. El comprador que ha adquirido un producto que no es conforme a la publicidad, rigurosamente no podría pedir la reparación del mismo, aun siendo ésta posible, porque su adquisición proviene de una compraventa y no de un contrato de obra. Sólo podría pedir la sustitución, si la compraventa celebrada es una compraventa genérica, pero no si es específica. Podría disponer en este caso del remedio del saneamiento por vicios ocultos, con los contenidos que ofrecen la acción redhibitoria (resolución) o la estimatoria (reducción del precio), pero sólo dentro de un breve plazo, seis meses a partir de la entrega. Seguramente podría acudir, también, a la acción de nulidad por error, y en algunos casos a la fundada en el dolo. Importando categorías que no están presentes en nuestro Código, podría pensarse que éste es un caso de *culpa in contrahendo*, lo que abriría la discusión de qué tipo de responsabilidad debe aplicarse, si la contractual o la extracontractual, ya que no todos los autores están plenamente de acuerdo en ello. Y, por fin, podría haber quien pensara que en este caso el vendedor no ha cumplido la obligación que le impone la compraventa, porque ha dado un objeto distinto del que debía (*aliud pro alio*), inhábil o no idóneo para el comprador, etc. Quien así piense, cuenta con el apoyo de una copiosa jurisprudencia, que permite al comprador utilizar los remedios generales basados en el incumplimiento.

Cada una de las anteriores soluciones, en principio no descartables, supone consecuencias diferentes para el vendedor, en cuanto a lo que

---

<sup>32</sup> Sobre la evolución jurisprudencial de nuestro Ordenamiento véase: NIEVES FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.

puede exigirle el comprador y al tiempo en que puede hacerlo. La complejidad se acentúa si, moviéndonos en un mercado único, comparamos el tratamiento del mismo problema en los diversos Ordenamientos nacionales de la Unión Europea.

La futura Directiva simplifica el sistema y esto reportará beneficios de diverso orden.

## XI. ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA POSICIÓN COMÚN

El artículo 3 de la Posición Común comienza así: «El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien»<sup>33</sup>. Y, a continuación, regula los remedios que puede utilizar el consumidor.

Los remedios previstos en la Posición Común son, como suele ocurrir en las Directivas, remedios de carácter mínimo, considerados necesarios para la protección del consumidor. Ella, en su propio texto, lo advierte: a) Los derechos que confiere «se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual» [art. 8.1 Posición Común]. b) «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente directiva disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado» [art. 8.2 Posición Común]. Como se recordará, el preámbulo de la Posición Común señala que la Directiva pretende ofrecer «un conjunto mínimo uniforme de normas equitativas que regulen la compraventa de bienes de consumo»<sup>34</sup>.

Queda claro, pues, que la Posición Común permite que los Estados miembros mantengan o establezcan, en el régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual, medidas de protección más estrictas que las que ella diseña, en favor de la efectiva protección de los consumidores. No está tan claro, teniendo en cuenta el propósito de «aproximar las legislaciones nacionales», también presente en la Posición Común<sup>35</sup>, si los consumidores pueden utilizar normas del Ordenamiento nacional que no sean de responsabilidad contractual o extracontractual (por ejemplo, las fundadas en el error, vicio de la voluntad) como remedio protector frente a la falta de conformidad del objeto<sup>36</sup>. Aceptarlo a estas alturas, cuando ya

---

<sup>33</sup> El riesgo de deterioro de la cosa, sea específica o genérica, es del vendedor hasta ese momento de la entrega.

<sup>34</sup> § (1) Preámbulo.

<sup>35</sup> § (5) Preámbulo.

<sup>36</sup> En relación con la falta de conformidad y el error, en la Convención de Viena, ROJO AJURIA, en *Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. Comentario artículo 4*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp 78 y 79; y

se ha superado el problema de los plazos excesivamente cortos de las acciones de saneamiento por vicios ocultos, no aportaría seguramente demasiado en favor de la protección de los consumidores, y en cambio desarticularía el sistema de remedios de la responsabilidad contractual, profundizando al mismo tiempo en diferencias de los Ordenamientos nacionales <sup>37</sup>.

Los remedios, mínimos, previstos en la Posición Común son: la puesta en conformidad de los bienes «mediante la reparación o sustitución del bien, sin cargo alguno», y, subsidiariamente, «una reducción adecuada del precio» o la «resolución del contrato respecto de dicho bien» [art. 3.2 a 5 Posición Común]. La Posición Común no prevé la indemnización de daños y perjuicios; esta materia queda reservada a los Derechos nacionales.

Los remedios de la Posición Común se circunscriben al interés del comprador en el cumplimiento del contrato. Considera preferente que el consumidor obtenga una satisfacción *in natura*, mediante la «puesta en conformidad», a través de la reparación o sustitución del objeto <sup>38</sup>. Reparar, en caso de falta de conformidad, es «poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta» [art. 1.2.f) Posición Común] <sup>39</sup>. Subsidiariamente se permite al comprador exigir la reducción del precio o la resolución <sup>40</sup>. Estas medidas coinciden, en sus efectos, con el contenido de denominadas acciones de saneamiento por vicios ocultos, aunque el plazo y las condiciones de ejercicio sean distintos (art. 5 Posición Común) <sup>41</sup>.

---

MORALES MORENO, *Comentario artículo 35*, p. 293. En ese lugar he mantenido que sería contrario al propósito unificador de la Convención de Viena utilizar el remedio del error en caso de falta de conformidad.

<sup>37</sup> Por lo que se refiere al error, recuérdese que en unos Ordenamientos rige el principio, ley especial (la propia del problema de falta de conformidad o vicios de la cosa) deroga ley general (la del error), mientras que en otros se aplica el principio de compatibilidad de acciones.

<sup>38</sup> «En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. –Se considerará desproporcionada toda solución que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra solución, no sean razonables teniendo en cuenta: El valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y – si la solución alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor. Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor» (art. 3.3 Posición Común).

<sup>39</sup> La sustitución sólo es posible en la dogmática que inspira los Códigos de tradición romana en las ventas genéricas; la reparación, sólo en el contrato de obra.

<sup>40</sup> «En el caso de que el consumidor no pudiera exigir la reparación ni la sustitución, o el vendedor no hubiera dado satisfacción al requerimiento del comprador en un plazo razonable, y sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato» (art. 3.4 Posición Común).

<sup>41</sup> Los plazos de ejercicio de los remedios por falta de conformidad están regulados en el artículo 5 de la Posición Común, que parcialmente transcribimos: «1. El vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien. Si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 está sujetos a un plazo de limitación, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del



## XII. LA GARANTÍA QUE RESULTA DE DECLARACIONES PÚBLICAS

Es objeto de especial atención en la Posición Común la denominada garantía comercial<sup>42</sup>. En la garantía se percibe, de nuevo, el efecto vinculante de la publicidad: «La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad» (art. 6.1 Posición Común).

La Posición Común considera garantía «todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin un coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente» [art. 1.1.f) Posición Común].

La obligación de prestar garantía puede surgir del hecho de ofrecerla en la publicidad del producto (en las declaraciones públicas). Y tal obligación, por su propia naturaleza, puede asumirla el vendedor u otro sujeto distinto de él, normalmente el productor, al que, de hecho, se refiere exclusivamente el artículo 1.1.e) de la Posición Común.

La garantía exige determinación; es decir, cierta concreción en el contenido del compromiso asumido. Al mismo tiempo, para que exista verdadera garantía, ésta debe dar al consumidor una protección más amplia que la de la ley nacional aplicable (art. 6.2, final Posición Común): bien porque ofrece vías de protección que cuestiona el Ordenamiento aplicable (por ej., indemnización por la privación del uso del bien), bien porque, aunque coincida en sus contenidos con los remedios legales, se presta por terceros no obligados contractualmente. Cuando no se den los presupuestos anteriores no existe verdadera garantía; aunque la publicidad que la ofrece seguramente ha de merecer la calificación de publicidad engañosa, y sea perseguible como tal. La protección de los consumidores tiene en este caso un cauce distinto del de la vinculación contractual.

---

bien. 2. Los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad. (...) 3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad».

<sup>42</sup> A ella se refiere en estos términos el Preámbulo: «Considerando que en lo que respecta a determinadas categorías de bienes es práctica corriente que los vendedores o los productores ofrezcan a los consumidores garantías sobre sus bienes contra cualquier defecto que se manifieste en un plazo determinado; que esta práctica puede estimular la competencia; que, aunque tales garantías pueden ser un instrumento legítimo de mercadotecnia, no pueden inducir a error al consumidor; que para que éstos no se llamen a engaño, las garantías deben contener determinada información, incluida una declaración de que la garantía no afectará a los derechos del consumidor» [Preámbulo § (19)].

La Posición Común impone ciertos requisitos en la formulación de las garantías:

*«La garantía deberá:*

*– declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma;*

*– indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante»* [art. 6.2 Posición Común].

El incumplimiento de estos deberes del oferente de la garantía no priva al consumidor de su derecho a exigirla, fundándose en la oferta publicitaria. La falta de la claridad de la oferta publicitaria podrá ser superada a través de una interpretación de la misma conforme a la buena fe. Y hasta la indeterminación de ciertos elementos, como su duración o alcance territorial, podrá llegar a precisarse, de acuerdo con la buena fe, utilizando en favor del consumidor criterios aportados por los usos comerciales sobre garantías. Estos usos, obviamente, no se aplican bajo los presupuestos ordinarios de aplicación de los usos del tráfico, ya que el consumidor es ajeno a su creación, sino como elementos de valoración, conforme a la buena fe, de lo que el consumidor podía esperar de la garantía ofrecida. La Posición Común parece admitir que se practique esta integración, aunque no indica cómo ha de hacerse, puesto que atribuye al consumidor la facultad de exigir el cumplimiento de garantías que no cubren todos los requisitos de concreción impuestos en el apartado 2 del artículo 6, entre los que se encuentran la duración y el alcance territorial [art. 6.5 Posición Común]<sup>43</sup>.

Hemos dicho que sólo hay garantía si el contenido que ella ofrece sobrepasa la protección que da el Ordenamiento. Por ello, su existencia va a depender del contenido protector de las normas del Ordenamiento nacional aplicable y de las obligaciones que el mismo imponga en el sistema ordinario de protección del consumidor. Un mismo compromiso, por ejemplo, el de reparar el bien o sustituirlo, puede no constituir verdadera garantía si quien lo ofrece es el vendedor, al estar obligado a ello por ley, y ser garantía, en cambio, si quien lo ofrece es el fabricante o el importador, si el Derecho nacional aplicable no le impone esa obligación.

---

<sup>43</sup> «En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 ó 4, [por ej.: el de expresar su duración, su alcance territorial, o el nombre y dirección del garante] ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento» [art. 6.5 Posición Común].

### XIII. FALTA DE CONFORMIDAD DEL OBJETO Y RESPONSABILIDAD DEL «PRODUCTOR» POR SUS DECLARACIONES PÚBLICAS

Lo que acabamos de decir sobre la garantía ofrecida por el productor en sus declaraciones públicas nos conduce a plantear una última cuestión. ¿Vinculan al productor (fabricante, importador) sus declaraciones públicas (publicidad, etiquetado) sobre cualidades del producto, aunque no ofrezca garantía, cuando tales declaraciones marcan en el contrato de compraventa el criterio de conformidad del objeto? En este caso, como sabemos, el vendedor, que no ha hecho las declaraciones, sí queda vinculado; pero, ¿y el productor?

La Posición Común no prevé, directamente, en un caso así, que el productor responda de algún modo frente al consumidor, por la falta de conformidad del objeto. El preámbulo señala, que «el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato»; «ésta es la solución tradicional consagrada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»<sup>44</sup>. Pero al mismo tiempo constata que «la legislación y la jurisprudencia (...) demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección»<sup>45</sup>, por lo que, «a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podrá ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable»<sup>46</sup>.

Por el momento, parece claro que la Posición Común no impone a los Estados alcanzar esa meta. Sin embargo, como considero que ésa es una meta deseable, voy a hacer a continuación algunas reflexiones sobre las dificultades que se presentan y la posible superación de las mismas.

1. El principio de relatividad del contrato, presente en los Ordenamientos nacionales, representa el primer obstáculo para establecer la responsabilidad del productor. ¿Cómo puede responder por insatisfacción de un contratante, quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor? Pero, de otro lado resulta también sorprendente que las declaraciones públicas de un sujeto, el productor, realizadas para promover la venta del producto, en la que tiene interés, puedan vincular al vendedor, pero no le vinculen a él.

Para superar la dificultad dogmática de la relatividad del contrato se ha destacado, de diversos modos, la conexión existente entre el fabricante o el importador (u otro eslabón de la cadena de distribución previo al vendedor final) y el consumidor. Y así, se ha podido afirmar que cuando

---

<sup>44</sup> § (8) Preámbulo.

<sup>45</sup> § (21) Preámbulo.

<sup>46</sup> § (21) Preámbulo.

el comprador (consumidor), respondiendo al estímulo de la publicidad, adquiere un producto, desde su punto de vista está entrando en relación con el sujeto que ha emitido ese estímulo<sup>47</sup>.

Incluso se ha pretendido aproximar al contrato la relación existente entre el sujeto que hace las declaraciones públicas y el consumidor. Y así, Köndgen ha sostenido en Alemania, que la obligación del fabricante de estar a sus declaraciones publicitarias es una responsabilidad, por una promesa de prestación dirigida al mercado que encauza una relación indirecta de intercambio entre las partes. Consecuencia de esta proximidad al contrato es que las manifestaciones publicitarias no sólo generan obligaciones de protección y de mantenimiento, sino también expectativas de prestación, que en caso de ruptura de la promesa análoga a la del § 463 BGB van acompañadas de la responsabilidad por el interés de la confianza<sup>48</sup>.

La aproximación al contrato permite que la responsabilidad del anunciante quede enraizada en nuestra tradición jurídica y aproveche los medios de protección que los Códigos conectan a la responsabilidad contractual. Pero, si responde el vendedor, ¿cómo articular esta relación contractual básica, entre el consumidor y su vendedor, con esa otra establecida con el productor, del que provienen las declaraciones públicas? Creo que un modo coherente, desde el punto de vista dogmático, de articular las posiciones del vendedor y del productor es considerar al vendedor como lo que es, parte en el contrato y obligado por él, y al productor, garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato. Esta posición de garante permite canalizar la protección del consumidor dentro del marco del contrato, y articular las responsabilidades concurrentes del vendedor y del productor<sup>49</sup>.

El deber del productor de garantizar la conformidad del producto con sus declaraciones públicas puede justificarse, aunque no exista una previsión legal concreta, como exigencia de la buena fe, que constituye una manifestación de la responsabilidad por la confianza. Un marco jurídico adecuado para exigir esta responsabilidad es el de la garantía. Ser garante no es otra cosa que cubrir un determinado riesgo; en este caso el riesgo de insatisfacción del interés contractual del consumidor. La insatisfacción es imputable a la confianza provocada por el propio garante con sus declaraciones públicas.

Pero el desarrollo de esa responsabilidad exige alguna concreción. ¿Qué contenido debe tener la garantía del productor?

La Posición Común al no contemplar la responsabilidad que consideramos no nos da respuesta a la pregunta; sin embargo, pensando en un posible desarrollo futuro, voy a intentar esbozar algún criterio de *lege ferenda*. En términos razonables, ¿qué contenido debería tener la responsabilidad del productor?

<sup>47</sup> Cfr. LEHMANN, *Vetragsanbahnung durch Werbung*, 1981, p. 367.

<sup>48</sup> KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, p. 352.

<sup>49</sup> Ya lo indicábamos así en MORALES MORENO, *Estudios Vallet*, VIII, p. 689 ss.

Creo que la garantía del productor ha de circunscribirse al interés en el cumplimiento del contrato; como se circunscribe en la Posición Común la responsabilidad del propio vendedor. No debe, por tanto, garantizar los daños subsecuentes, que tengan su origen en el producto adquirido, defectuoso; sean personales (muerte o lesiones) o afecten a cosas. Estos daños se rigen por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Debe excluirse también la indemnización de los daños puramente patrimoniales, de difícil cálculo, cuya indemnización podría conducir a una responsabilidad económicamente insoportable<sup>50</sup>.

Si la responsabilidad del garante se circunscribe al interés en el cumplimiento del contrato, podría canalizarse la prestación de la garantía a través de los mismos remedios que la Posición Común ofrece al comprador frente al vendedor; porque los mismos están orientados, precisamente, a satisfacer el interés en el cumplimiento. Pero ¿pueden ser todos ejercitable frente a un sujeto distinto del vendedor, para el que inicialmente están pensados?

Como sabemos esos remedios son cuatro: reparación o sustitución, y reducción del precio o resolución. Los dos primeros, dirigidos a la satisfacción *in natura* del interés contractual, pueden aplicarse al fabricante o

---

<sup>50</sup> En Derecho alemán es importante en este punto la doctrina mantenida por una Sentencia del BGH de 14 de mayo de 1974, en un conocido caso en el que se discutía la responsabilidad del fabricante que utiliza un sello de calidad de una determinada organización del ramo con la que tiene relación. *GRUR*, 1975, pp. 150 y 151. Sobre ella, KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, p. 350. El demandante había adquirido, no directamente del fabricante sino a través de un comerciante vendedor, unos tubos que emplea para hacer instalaciones. Los tubos no tienen la calidad correspondiente al signo que el fabricante utiliza, y el comprador se ve sometido a reclamaciones de responsabilidad de sus clientes, a consecuencia del fallo de las instalaciones en que emplea esos tubos. Por ello demanda directamente al fabricante para que le indemnice esos daños patrimoniales. Su demanda no prospera en ninguna de las instancias. No se admite que exista responsabilidad contractual ni extracontractual. No hay responsabilidad contractual porque el uso del signo de calidad de la mercancía por el fabricante no implica una promesa de garantía (*Garantieusage*) que permita al comprador ejercitar una acción contractual de responsabilidad. A la utilización del signo de calidad se le atribuye un valor persuasivo, por el control de calidad que implica, pero no un alcance vinculante. También rechaza la sentencia que el uso del distintivo de calidad pueda constituir fuente de responsabilidad extracontractual. No es aplicable al caso el § 823, apartado 1 BGB, porque no se han dañado los bienes jurídicos y derechos absolutos contemplados en ese precepto. Los daños causados son daños puramente patrimoniales, cuya indemnización, como es sabido, plantea especiales dificultades. Tampoco se trata de daños dolosos o contra la buenas costumbres. Para ello hubiera sido preciso que el fabricante demandado hubiera conocido los defectos de los tubos vendidos o, al menos, los hubiera tenido como posibles y no obstante los hubiera puesto en venta. Por fin, tampoco la responsabilidad se puede construir poniendo en relación el § 3 UWG con el § 823.2 BGB.

Tras la reforma de la *UWG*, que entró en vigor el 1 de enero de 1988, el § 13 a) no se ha llegado a conceder al comprador una acción de daños contra tercero, por declaraciones públicas que hayan podido ser tenidas en cuenta por él al contratar, aunque sí se ha tipificado un supuesto especial de resolución del contrato, como vía para evitar el daño que el contrato, en las condiciones celebradas le produce (MEDICUS, *JuS* 1988, 1, 6 ss., el mismo, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1990, num 812 a; REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, 1989, p. 241; BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 18.ª ed, 1995, núm 912).

al importador. También la reducción del precio, sobre todo si la consideramos como una indemnización de alcance limitado, reducida al menor valor de la cosa. Pero la mayor dificultad está en la resolución.

La resolución, en rigor, ha de ejercitarse frente a la otra parte contratante; y como ya hemos advertido, el productor puede ser garante pero no es parte. Mas esto no excluye que el productor, en su posición de garante, no pueda quedar obligado a asegurar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria, facilitándole la restitución del bien, y restituyéndole el precio pagado. Precisamente la Posición Común admite que la garantía pueda tener esta doble función: «reembolsar el precio pagado» y «ocuparse del modo que fuere del bien» [art. 2.1.e) Posición Común]; <sup>51</sup> esto es, precisamente, lo que facilitaría al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria.

---

<sup>51</sup> La Posición Común define la garantía así: «(T)odo compromiso asumido por un vendedor o productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de *reembolsar el precio pagado por un bien de consumo*, de sustituirlo, de repararlo o de *ocuparse del modo que fuere del bien* en el caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en una declaración de garantía o en la publicidad correspondiente» [art. 1.2.e) Posición Común].



# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho internacional privado

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### BIENES CULTURALES

1. **Reglamento (CE) núm. 1526/98, de la Comisión, de 16 de julio de 1998, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 752/93 relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3911/92 del Consejo relativo a la exportación de *bienes culturales*. DOCE, L, núm. 201, de 17 de julio de 1998.**

Se introduce el concepto de autorizaciones abiertas para la exportación temporal de bienes culturales por personas y organizaciones responsables para su uso y/o exposición en terceros países, con el fin de eliminar tareas administrativas innecesarias, estableciendo las disposiciones relativas a la forma de tales autorizaciones de manera que sea fácil reconocerlas y usarlas en toda la Comunidad.

#### DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: TRASPASO DE EMPRESAS Y DESPIDOS COLECTIVOS

2. **Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los *derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas*, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. DOCE, L, núm. 201, de 17 de julio de 1998.**

La Directiva, a la luz de las repercusiones en el mercado interior de las tendencias legislativas de los Estados miembros en lo que se refiere al rescate de empresas en dificultades económicas y según la experiencia del TJCE, modifica la anterior Directiva 77/187/CEE, aclarando conceptos tales como el de «traspaso», «trabajador», «cedente», «cesionario», «representante de los trabajadores», etc. Dispone expresamente que la



Directiva se aplicará a las empresas privadas o públicas que lleven a cabo actividades económicas con o sin ánimo de lucro y establece las condiciones y exigencias de información y consulta en los casos de cesión de empresas.

**3. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DOCE, L. núm. 225, de 12 de agosto de 1998.**

La Directiva, en aras a una mayor claridad y racionalidad, procede a codificar la Directiva 75/129/CEE de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, reforzando la protección de los trabajadores a la luz de la Carta comunitaria de los derechos de los trabajadores y regulando específicamente su ámbito de aplicación, los aspectos relativos a información y consulta a los representantes de los trabajadores y el procedimiento de despido colectivo.

#### DIBUJOS Y MODELOS

**4. Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. DOCE, L, núm. 289, de 28 de octubre de 1998.**

*Vid.* en el núm. 60 de la Crónica aparecida en el ADC, 1994, fascículo I, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión el 3 de diciembre de 1993, DOCE, C, núm. 345, de 23 de diciembre de 1993); y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Diseño Comunitario, y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (DOCE, C, núm. 110, de 2 de mayo de 1995), en el núm. 39 de la crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo III. *Vid.*, asimismo, la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE el 14 de marzo de 1996, DOCE, C, núm. 142, de 14 de mayo de 1996), en el núm. 31 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III, y la Posición Común (CE) núm. 28/97 aprobada por el Consejo el 17 de junio de 1997, aparecida en el núm. 37 de la Crónica aparecida en el ADC, 1998, fascículo I.

La Directiva define lo que haya de entenderse por «dibujos y/o modelos», por «producto» y por «producto complejo»; determina su ámbito de aplicación a los derechos sobre los dibujos y modelos registrados en las oficinas centrales de la propiedad industrial de los Estados, miembros, a

los derechos sobre dibujos y modelos registrados en la Oficina de Diseños del Benelux, a los derechos sobre dibujos y modelos registrados en virtud de convenios internacionales que tengan efectos en un Estado miembro y a las solicitudes de derechos sobre dibujos y modelos a los que se refieren las anteriores situaciones; establece los requisitos de protección, la característica de la «novedad» y el «carácter singular» de un dibujo o modelo, su divulgación, el ámbito de la protección, el plazo de la misma y otros aspectos que ponen en relación la protección otorgada por la Directiva y otras formas de protección, que deja a salvo, como a salvo queda, el derecho de autor.

#### EMPRESAS DE INVERSIÓN Y LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

5. **Directiva 98/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/6/CEE del Consejo sobre la *adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito*. DOCE, L, núm. 204, de 21 de julio de 1998.**
6. **Directiva 98/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se modifica, en lo relativo en particular a las hipotecas, la Directiva 89/647/CEE del Consejo sobre el coeficiente de *solvencia de las entidades de crédito*. DOCE, L, núm. 204, de 21 de julio de 1998.**
7. **Directiva 98/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se modifican el artículo 12 de la Directiva 77/780/CEE del Consejo referente al acceso a la actividad de las *entidades de crédito* y a su ejercicio, los artículos 2, 5, 6 y 8, y los anexos II y III de la Directiva 89/647/CEE del Consejo sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito y el artículo 2 y el anexo II de la Directiva 93/6/CEE del Consejo sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. DOCE, L, núm. 204, de 21 de julio de 1998.**
8. **Directiva 98/78/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 1998, relativa a la *supervisión adicional de las empresas de seguros* que formen parte de un grupo de seguros. DOCE, L, núm. 330, de 5 de diciembre de 1998.**

*Vid.* la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aparecida en el núm. 20 del ADC, 1996, fascículo I, así como el Dictamen del Comité Económico y Social sobre dicha propuesta, reseñado en el núm. 14 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III, y la Propuesta modificada, aparecida en el núm. 20 de la Crónica anterior.

## INVENCIONES BIOTECNOLÓGICAS

9. **Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las *invenciones biotecnológicas*. DOCE, L, núm. 213, de 30 de julio de 1998.**

*Vid.* los núms. 22 y 23 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I, la Propuesta modificada de Directiva en el núm. 37 de la Crónica aparecida en ADC, 1998, fascículo I, y la Posición Común aparecida en el núm. 32 de la Crónica anterior.

## LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

10. **Directiva 98/63/CE de la Comisión, de 3 de septiembre de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE del Consejo destinada a facilitar la *libre circulación de los médicos* y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos. DOCE, L, núm. 253, de 15 de septiembre de 1998.**

*Vid.* la última modificación, Directiva 98/21/CE de la Comisión, de 8 de abril de 1998, por la que se modifica la Directiva 93/16/CEE del Consejo, en el núm. 10 de la Crónica anterior y las referencias allí señaladas. Ésta es una mera adaptación técnica.

## MEDIO AMBIENTE

11. **Decisión núm. 2179/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, relativa a la revisión del Programa comunitario de política y actuación en materia de *medio ambiente y desarrollo sostenible* «Hacia un desarrollo sostenible». DOCE, L, núm. 275, de 10 de octubre de 1998.**

Para acelerar la consecución de los objetivos del Programa «Hacia un desarrollo sostenible» y garantizar una aplicación más eficaz de su enfoque, la Comunidad, al tiempo que procura alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones, intensificará sus esfuerzos en cinco prioridades básicas y en otros cinco sectores que imprimirán un impulso adicional a la ejecución del Programa. Las cinco prioridades son la integración de los aspectos de medio ambiente en otras políticas, la ampliación de la gama de instrumentos, la aplicación y cumplimiento de la legislación, la sensibilización ante las cuestiones del desarrollo sostenible y la cooperación internacional. Además, se incidirá especialmente en la mejora de los fundamentos de la política de medio ambiente, en las pautas sostenibles de producción y consumo, en la responsabilidad compartida y la coopera-

ción entre los distintos agentes o en el fomento de las iniciativas locales y regionales.

#### MEDIOS AUDIOVISUALES

12. **Directiva 98/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la *protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*. DOCE, L, núm. 320, de 28 de noviembre de 1998.**

*Vid.* el núm. 28 de la Crónica anterior y el comentario realizado a la Propuesta de Directiva reseñada en el núm. 20 de la Crónica aparecida en ADC, 1998, fascículo I. Dentro de la prestación de servicios de radiodifusión y de servicios de la sociedad de la información condicionados por cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio de forma inteligible, mediante una autorización individual previa con el fin de garantizar la remuneración de dicho servicio (por ejemplo, el acceso a emisiones televisivas a través de descodificador y previo o posterior pago), la presente Directiva define los servicios protegidos (radiodifusión televisiva, radiodifusión sonora, servicios de la sociedad de la información...), la noción de acceso condicional, de dispositivo de acceso condicional, de servicio vinculado de dispositivo ilícito...; asimismo fija los principios que gobiernan tal mercado, define las actividades infractoras, establece las sanciones y las vías de recurso y determina que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poner en práctica los mandatos de la Directiva antes del 28 de mayo del año 2000.

13. **Recomendación del Consejo de 24 de septiembre de 1998 relativa al desarrollo de la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información mediante la promoción de marcos nacionales destinados a lograr un nivel de *protección comparable y efectivo de los menores y de la dignidad humana*. DOCE, L, núm. 270, de 7 de octubre de 1998.**

Los nuevos servicios audiovisuales y de información ofrecen un volumen de información sin precedentes y, por lo tanto, oportunidades sociales, culturales y educativas considerables. Del conjunto de los contenidos publicados y distribuidos por los nuevos servicios audiovisuales y de información, la parte que requiere la adopción de medidas de protección de los menores y de la dignidad humana, aunque relativamente reducida, no deja de ser importante. Los contenidos ilegales o perjudiciales que se publican o distribuyen mediante los nuevos servicios audiovisuales y de información constituyen un motivo especial de preocupación por parte del Libro Verde, que tiende a señalar las cuestiones fundamentales: qué contenidos deben permitirse y cómo deben regular-

se estos contenidos. El Consejo recomienda que los Estados miembros favorezcan un clima de confianza que contribuya al desarrollo de la industria de servicios audiovisuales y de información fomentando el establecimiento de marcos nacionales de tipo voluntario para la protección de los menores, impulsando a los organismos de radiodifusión bajo su competencia a que investiguen y experimenten nuevos medios de protección de los menores, tomando medidas para desarrollar la industria audiovisual al tiempo que se lucha contra la circulación de contenidos ilícitos que atentan contra la dignidad humana, promoviendo acciones que permitan a los menores utilizar de forma responsable los servicios audiovisuales y que faciliten la identificación de los contenidos de servicios de calidad para menores. Del mismo modo realiza una serie de recomendaciones a las industrias y partes interesadas para la elaboración de códigos de conducta y la cooperación en la protección de los menores.

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS, TRABAJOS LEGISLATIVOS

### COMPENSACIÓN POR DENEGACIÓN DE EMBARQUE EN EL TRANSPORTE AÉREO

14. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 295/91, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular».** DOCE, C, núm. 284, de 14 de septiembre de 1998.
15. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 295/91, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (texto aprobado por el Parlamento Europeo).** DOCE, C, núm. 292, de 21 de septiembre de 1998.
16. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 295/91, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo.** DOCE, C, núm. 351, de 18 de noviembre de 1998.

Vid. la reseña efectuada a la Propuesta en el núm. 20 de la Crónica anterior.

## COMPETENCIA

17. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 19/65/CEE, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas. DOCE, C, núm. 365, de 26 de noviembre de 1998.**
18. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento núm. 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado. DOCE, C, núm. 365, de 26 de noviembre de 1998.**

En ambos casos se contemplan acuerdos o prácticas concertadas que se refieran al suministro o compra de bienes destinados a la reventa o la transformación, así como a la comercialización de servicios, siempre que los celebren dos o más empresas que operen, cada una de ellas, en un plano económico diferente.

## CONSUMIDORES

19. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco general de las actividades comunitarias en favor de los consumidores», DOCE, C, núm. 235, de 27 de julio de 1998.**
20. **Propuesta modificada de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco general de las actividades comunitarias en favor de los consumidores. DOCE, C, núm. 390, de 15 de diciembre de 1998.**
21. **Posición común (CE) núm. 68/98, de 20 de noviembre, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 189 B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores. DOCE, C, núm. 404, de 23 de diciembre de 1998.**

Vid. la reseña efectuada en el núm. 19 de la Crónica anterior.

22. **Posición Común (CE) núm. 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../Ce, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DOCE, C, núm. 333, de 30 de octubre de 1998.**

*Vid.* en el núm. 34 de la Crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo I, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa (DOCE, C, núm. 295, de 22 de octubre de 1994); *vid.* también el comentario que realizamos a la Propuesta de Directiva (DOCE, C, núm. 307, de 16 de octubre de 1996) en el núm. 17 de la Crónica aparecida en el ADC, 1997, fascículo I, y el comentario que realizamos a la Propuesta modificada en el núm. 21 de la Crónica anterior.

23. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 90/619/CEE del Consejo y 97/7/CE y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. DOCE, C, núm. 385, de 11 de diciembre de 1998.**

Directiva 90/619/CEE, del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (comentada en el núm. 3 del ADC, 1997) Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (comentada en el núm. 4 de la Crónica anterior).

CONVENIO SOBRE COMPETENCIA Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES  
EN MATERIA MATRIMONIAL (BRUSELAS II)

24. **Acto del Consejo, de 28 de mayo de 1998, por el que se celebra, con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, C, núm. 221, de 16 de julio de 1998.**
25. **Declaración, aneja al acta del Consejo, adoptada durante el Consejo de Justicia y de Asuntos de Interior de los días 28 y 29 de mayo, en el momento del establecimiento del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial. DOCE, C, núm. 221, de 16 de julio de 1998.**
26. **Acto del Consejo, de 28 de mayo de 1998, por el que se celebra, con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del Convenio sobre la competen-**

cia, el reconocimiento y la ejecución *de resoluciones judiciales en materia matrimonial*. DOCE, C, núm. 221, de 16 de julio de 1998.

27. **Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial**. DOCE, C, núm. 221, de 16 de julio de 1998.
28. **Informe explicativo sobre el Protocolo celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la interpretación, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial**. DOCE, C, núm. 221, de 16 de julio de 1998.

#### DERECHO COMUNITARIO

29. **Decimoquinto Informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho comunitario-1997**. DOCE, C, núm. 250, de 10 de agosto de 1998.

El informe caracteriza la aplicación del Derecho comunitario en 1997, a través de los siguientes índices: 1) desde el punto de vista estadístico, en 1997 se produjo un fuerte aumento en el número de cartas de emplazamiento a los Estados miembros; 2) el porcentaje de incorporación de Directivas aumentó en todos los Estados miembros; 3) en 1997 la Comisión propuso al TJCE que declarara el incumplimiento por parte de un Estado y que le impusiera una multa diaria hasta el cese del incumplimiento (esta propuesta es la primera con dicho contenido); 4) a raíz de la investigación iniciada por iniciativa del Defensor del Pueblo sobre los procedimientos de infracción, la Comisión decidió informar mejor al demandante en el marco de estos procedimientos; 5) las importantes consecuencias del Consejo de Amsterdam; 6) la importancia de las preguntas parlamentarias y las peticiones en la apertura de nuevos procedimientos de infracción; 7) finalmente, en 1997 la Comisión presentó una propuesta de decisión del Parlamento y del Consejo por la que se establece un programa de acción para la mejora de la sensibilización de las profesiones jurídicas al Derecho comunitario (acción Robert Schuman).



## DERECHOS DE AUTOR

30. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de determinados aspectos de los *derechos de autor* y *derechos afines* en la sociedad de la información». DOCE, C, núm. 407, de 28 de diciembre de 1998.**

La propuesta de Directiva (DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998) resulta de las respuestas al Libro Verde de la Comisión de 1995 (*vid.* ya el núm. 28 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III) y se justifica por la necesidad de continuar la labor armonizadora en materia de derechos de autor y derechos afines y por la necesidad de incorporar al Derecho comunitario dos recientes Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (uno sobre derechos de autor y otro sobre la interpretación o ejecución de fonogramas, adoptados en Ginebra en 1996). La propuesta presenta un enfoque que presenta los cuatro ejes siguientes: *a)* mantener el funcionamiento correcto del mercado interior; *b)* mantener la máxima flexibilidad hacia los Estados miembros en el contexto del principio de subsidiariedad; *c)* proteger y salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, especialmente los derechos que recaen sobre contenidos disponibles en línea, y *d)* lograr un equilibrio entre la necesidad de proteger los derechos de propiedad intelectual y la de proteger los derechos de los usuarios y el público en general.

Las observaciones generales efectuadas por el CES señalan que el análisis de la propuesta de la Comisión debería basarse en la idea de conseguir el equilibrio que asegure que las excepciones no supongan mantener o interponer barreras al comercio intracomunitario; en este sentido, aun considerando que el enfoque de la propuesta es correcto, el CES considera que es preciso abordar cuanto antes el objeto de la misma; no se hace ninguna observación a las partes de la propuesta que se limitan a incorporar al Derecho comunitario partes de los Tratados de la OMPI; en contrapartida, la mayoría de las observaciones se realizan al contenido del artículo 5 de la propuesta, donde se recogen las excepciones a los derechos exclusivos que otorgan los artículos 2 y 3.

## ENTIDADES DE CRÉDITO

31. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el inicio, el ejercicio y la supervisión cautelar de las *actividades de las entidades de dinero electrónico*. DOCE, C, núm. 317, de 15 de octubre de 1998.**

El objeto de la presente propuesta es el cada vez más común recurso al dinero electrónico, entendido éste como un valor monetario almacenado en un soporte electrónico, por ejemplo, una tarjeta inteligente o una memoria

de ordenador, aceptado como medio de pago por empresas distintas de la entidad emisora, generado con objeto de ponerlo a disposición de los usuarios como substitutivo electrónico de monedas y billetes bancarios y generado a los efectos de realizar pagos de escasa cuantía por medios electrónicos.

#### FIRMA ELECTRÓNICA

32. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la *firma electrónica*. DOCE, C, núm. 325, de 23 de octubre de 1998.**

Dentro de los marcos modernos de comunicación y comercio electrónicos la presente propuesta regula el reconocimiento legal de la firma electrónica. Por tal ha de entenderse la firma en forma digital integrada en unos datos, anexa a los mismos o asociada con ellos, que utiliza un signatario para expresar conformidad con su contenido, siempre que reúna los siguientes requisitos: *a)* estar vinculada al signatario de manera única; *b)* permitir la identificación del signatario; *c)* haber sido creada por medios que el signatario pueda mantener bajo su exclusivo control, y *d)* estar vinculada a los datos relacionados de modo que se detecte cualquier modificación ulterior de los mismos. Asimismo, la Propuesta establece un marco jurídico para determinados servicios de certificación accesibles al público (verificación de la firma y vinculación de la misma a una persona confirmando su identidad).

La Propuesta no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras formalidades no contractuales que precisen firma.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

33. **Posición Común (CE) núm. 42/98, aprobada por el Consejo, el 29 de junio de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., por la que se establece un mecanismo de *reconocimiento de títulos* respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias y se complementa el sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales. DOCE, C, núm. 262, de 19 de agosto de 1998.**

#### MEDIOS AUDIOVISUALES

34. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Recomendación del Consejo relativa a la *protección de los***

***menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información». DOCE, C, núm. 214, de 10 de julio de 1998.***

Entre otros aspectos, el CES se declara a favor del uso de sistemas de clasificación y programas informáticos de filtrado; recomienda iniciativas educativas y de concienciación; se declara a favor de la autorregulación, siempre que sea oportuno; solicita que se aclare la responsabilidad sobre el contenido y la distinción entre contenido ilícito y nocivo; solicita una mayor cooperación y coordinación entre las organizaciones nacionales, europeas e internacionales en todos los aspectos de los nuevos servicios; propone el establecimiento de un marco europeo (o incluso internacional) de códigos de conducta, directrices y medidas básicas como «líneas calientes» e inspectores de protección de la juventud; propone, en fin, que todas las medidas, políticas e iniciativas introducidas en relación con los nuevos servicios aseguren el fomento de la utilización de éstos para que aumente el número de usuarios.

35. **Posición Común (CE) núm. 43/98, aprobada por el Consejo, el 29 de junio de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., relativa a la *protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basado en dicho acceso*. DOCE, C, núm. 262, de 19 de agosto de 1998.**

*Vid.* la Propuesta modificada (DOCE, C, núm. 203, de 30 de junio de 1998) en el núm. 28 de la Crónica anterior y el comentario realizado a la Propuesta de Directiva reseñada en el núm. 20 de la Crónica aparecida en el ADC, 1998, fascículo I así como la Directiva en el núm. 12 de la presente Crónica.

#### MERCANCÍAS CON USURPACIÓN DE MARCA Y LAS MERCANCÍAS PIRATAS

36. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3295/94, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las *mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas*. DOCE, C, núm. 210, de 6 de julio de 1998.**
37. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3295/94, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspen-**

*sión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas».* DOCE, C, núm. 284, de 14 de septiembre de 1998.

38. **Propuesta modificada de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 3295/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marca y las mercancías piratas.** DOCE, C, núm. 377, de 5 de diciembre de 1998.

*Vid.* la Propuesta de Reglamento (DOCE, C, núm. 108, de 7 de abril de 1998), reseñada en el núm. 27 de la Crónica anterior.

#### MOROSIDAD EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES

39. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales (enmiendas del Parlamento Europeo).** DOCE, C, núm. 313, de 12 de octubre de 1998.
40. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales.** DOCE, C, de 3 de diciembre de 1998.
41. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales.** DOCE, C, núm. 407, de 28 de diciembre de 1998.

*Vid.* el comentario efectuado en el núm. 29 de la Crónica anterior.

#### POLÍTICA COMERCIAL

42. **Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se establece un régimen comunitario del control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso.** DOCE, C, núm. 399, de 21 de diciembre de 1998.

La propuesta se dirige a establecer un régimen comunitario mediante autorización para controlar las exportaciones de productos o tecnología que pueda destinarse tanto a usos civiles como militares, estableciendo un Anexo que contiene una lista de productos y tecnologías cuya exportación estará sujeta al requisito de la autorización.

## PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DIBUJOS Y MODELOS

43. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de los regímenes jurídicos de protección de las invenciones mediante el modelo de utilidad», DOCE, C, núm. 235 de 27 de julio de 1998.**

*Vid.* el comentario que hicimos al Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde-Protección de los modelos de utilidad en el mercado interior» (DOCE, C, núm. 174, de 17 de junio de 1996), en el núm. 29 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III; y la Propuesta en el núm. 30 de la Crónica anterior.

44. **Decisión del Parlamento Europeo relativa al texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los dibujos y modelos. DOCE, C, núm. 313, de 12 de octubre de 1998.**

*Vid.* en el núm. 60 de la Crónica aparecida en el ADC, 1994, fascículo I, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión el 3 de diciembre de 1993, DOCE, C, núm. 345, de 23 de diciembre de 1993); y el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Diseño Comunitario, y la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (DOCE, C, núm. 110, de 2 de mayo de 1995), en el núm. 39 de la Crónica aparecida en el ADC, 1995, fascículo III. *Vid.*, asimismo, la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de los diseños (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 189 A del Tratado CE el 14 de marzo de 1996, DOCE, C, núm. 142, de 14 de mayo de 1996), en el núm. 31 de la Crónica aparecida en el ADC, 1996, fascículo III y, por último, Posición Común (CE) núm. 28/97 aprobada por el Consejo el 17 de junio de 1997 con vistas a la adopción de la Directiva 97/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, aparecida en el ADC, 1998, fascículo I.

## SEGUROS

45. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican**

las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles). (Enmiendas del Parlamento). DOCE, C, núm. 292, de 21 de septiembre de 1998.

Vid. el núm. 25 de la Crónica aparecida en el ADC, 1998, fascículo I.

## II. PREGUNTAS ESCRITAS CON RESPUESTAS

46. **Pregunta escrita E-3450/97, de Allan Macartney (ARE) a la Comisión (31 de octubre de 1997). Asunto: Reclamaciones transfronterizas en caso de administración judicial. Respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 6 de enero de 1998. DOCE, C, núm. 223, de 17 de julio de 1998.**

*Pregunta:* ¿Qué medidas se han adoptado para permitir que los acreedores reclamen las sumas debidas en caso de quiebra del deudor cuando el negocio en cuestión está establecido en otro Estado miembro?

Teniendo en cuenta el avance del Mercado único, ¿existen mecanismos que permitan facilitar las reclamaciones presentadas en el seno de la Unión Europea pero en jurisdicciones de diferentes Estados miembros?

En caso negativo, ¿se han previsto acciones positivas para un próximo futuro?

*Respuesta:* La Comisión quisiera informar a Su Señoría de que entre las disposiciones del Convenio de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia, firmado por todos los Estados miembros, salvo el Reino Unido, se incluyen medidas que permiten la intervención de los acreedores en los procedimientos de quiebra. Con arreglo a los términos de dicho Convenio, los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en un Estado miembro, tendrán derecho a presentar sus créditos por escrito en un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado contratante. Esas normas disponen que, desde el momento en el que se efectúe la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado contratante, el tribunal competente o el síndico designado Por éste informará sin demora a los acreedores conocidos. La información se referirá a los plazos que deban respetarse, a las sanciones previstas en relación con dichos plazos y a los órganos o autoridades habilitados para recibir la presentación de los créditos. Dicha nota indicará asimismo si los acreedores cuyos créditos fueran preferentes o estuvieran garantizados deben efectuar la presentación.

El acreedor enviará un acopia de los justificantes que obren en su poder, e indicará la naturaleza del crédito, la fecha de su nacimiento y su importe; también indicará si reivindica para el crédito un carácter privilegiado, una garantía real o una reserva del derecho de propiedad, y cuáles son los bienes a los que se refiere la garantía que invoca. La presentación podrá efectuarse en la lengua oficial del Estado en que el inte-

resado tenga su domicilio o su residencia habitual. En tal caso, la presentación de su crédito deberá llevar el encabezamiento «presentación de crédito» en la lengua oficial del Estado en que se haya abierto el procedimiento. Además, podrá exigirse al acreedor que facilite una traducción.

En lo que se refiere a los créditos transfronterizos, los acreedores sólo podrán beneficiarse de esos derechos a partir de la entrada en vigor del Convenio. De conformidad con el apartado 3 del artículo 49 del mismo, se requiere la ratificación de todos los Estados signatarios. En la actualidad, el hecho de que el Reino Unido no lo haya firmado impide su entrada en vigor.

Con vistas a poner remedio a esta situación, la Comisión tiene la intención de examinar todas las alternativas que permitan hacer progresos en esta materia, y en concreto si es necesaria una propuesta legislativa para poner en aplicación las medidas contenidas en el Convenio de 1995.

**47. Pregunta escrita E-1413/98, de Phillip Whitehead (PSE) a la Comisión, de 11 de mayo de 1998. Respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión, de 4 de junio de 1998. Asunto: Directiva relativa a la utilización de un bien inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido. DOCE, C, núm. 354, de 19 de noviembre de 1998.**

*Pregunta:* ¿Cuántos Estados miembros no han aplicado aún la Directiva relativa a la utilización de un bien inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido y de qué Estados miembros se trata?

*Respuesta:* La Directiva 94/47/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, determina en su artículo 12 que el 29 de abril será fecha límite para que los Estados miembros incorporen a sus legislaciones las disposiciones de la Directiva.

Hasta ahora, los Estados miembros que no han incorporado dichas disposiciones son: Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia y Luxemburgo.

Los Estados miembros que ya han notificado a la Comisión sus medidas nacionales de ejecución son:

- Dinamarca: Ley 234, de 2 de abril;
- Alemania: Ley de 20 de diciembre de 1996 –BGB núm. 70, de 31 de diciembre de 1996;
- Irlanda: SI 204 de 1997 –Timesharing;
- Países Bajos: Ley de 26 de marzo de 1997 –SB núm. 147 de 1997;
- Austria: Ley TNG –BGB de 27 de marzo de 1997, I núm. 32/1997;
- Portugal: Decreto-ley núm. 275/93 –Diario da República núm. 182, I serie A, de 5 de agosto de 1993;
- Finlandia: Ley núm. 1162, de 11 de diciembre de 1997 (DO p. 4108);

– Suecia: SFS 1997: 218, de 3 de junio de 1997; Reino Unido: Timesharing regulations 1997, Consumer Protection 1997 –núm. 1081.

**48. Pregunta escrita P-0841/98, de Anne-Marie Schaffner (UPE) a la Comisión, de 11 de marzo de 1998 y respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 5 de mayo de 1998. Asunto: Armonización del Derecho de autor. DOCE, C, núm. 323, de 21 de octubre de 1998.**

*Pregunta:* La Directiva relativa a la armonización del derecho de autor prevé que la duración de este derecho se extienda hasta 70 años después de la muerte del autor (artículo 1 de la Directiva 93/98/CEE).

¿Esta disposición comunitaria, que debe hacerse extensiva a los derechos afines, incluido el *droit de suite* (derecho de participación sobre reventas), debe interpretarse en el sentido estricto, lo que significa que los Estados miembros no pueden prolongar este plazo, o por el contrario pueden los Estados miembros prolongar este plazo de forma unilateral por determinados motivos? Si prevalece esta segunda solución, el resultado sería una falta de armonización y tasas diferenciadas en los diversos Estados miembros, lo que parece ir en contra de los objetivos deseados.

¿Podría la Comisión clarificar este asunto?

*Respuesta:* La Directiva 93/98/CEE, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, entró en vigor el 1 de julio de 1995. Como indica Su Señoría, la Directiva establece que la protección del derecho de autor dura toda la vida del autor y durante setenta años después de su muerte.

En su propuesta modificada de Directiva, relativa a la armonización de las legislaciones nacionales en materia de derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, adoptada el 12 de marzo de 1998, la Comisión modificó el artículo 8 como consecuencia del dictamen del Parlamento para indicar de manera aún más clara que el plazo de protección del derecho de participación en el beneficio es de setenta años *post mortem auctoris*.

El apartado 2 del artículo 10 de la Directiva 93/98/CEE prevé que, en la fecha de su entrada en vigor, se aplique inmediatamente a todas las obras y objetos que estén protegidos, al menos en un Estado miembro, lo que ha conducido a un renacimiento de los derechos en determinados Estados miembros. Así pues, la Directiva es de estricta aplicación en el sentido en que lo entiende Su Señoría. Sin embargo, es conveniente precisar que, en virtud de ese mismo artículo 10, incumbe a los Estados miembros adoptar las «disposiciones necesarias para proteger en particular los derechos adquiridos de terceros». Esta disposición permite, por tanto, a los Estados miembros adoptar disposiciones transitorias para respetar sus tradiciones jurídicas, en particular en lo tocante al respeto de los derechos adquiridos y a la confianza legítima. El considerando 26 de la Directiva prevé, en concreto, el caso de los contratos en curso y el considerando 27 precisa los



límites de la acción de los Estados miembros. En cualquier caso, esta disposición debe ser considerada como una excepción al principio general de aplicación inmediata de la Directiva, y por eso mismo sólo puede ser de interpretación estricta y limitada en el tiempo.

**49. Pregunta escrita E-0561/98, de Oliver Dupuis (ARE) a la Comisión, de 4 de marzo de 1998, y respuesta del Sr. Lukanen en nombre de la Comisión, de 23 de marzo de 1998. Asunto: *Legislación civil en Bélgica*. DOCE, C, núm. 304, de 2 de octubre de 1998.**

*Pregunta:* Funcionarios comunitarios que se encuentran residiendo en Bélgica, de manera coyuntural y por razones estrictamente profesionales, están sometidos a efectos civiles a una legislación distinta a aquella bajo la cual adquirieron su *status* civil, en un agravio comparativo respecto a sus connacionales. Concretamente, se aplica la ley de divorcio belga, más restrictiva que las vigentes en otros Estados miembros de la Unión Europea, a matrimonios cuyos cónyuges ostentan nacionalidades distintas a la belga y cuyas uniones se realizaron bajo regímenes y condiciones distintos y, en ocasiones, más beneficiosos, de los previstos en la legislación belga.

¿Puede la Comisión explicar si existen disposiciones al respecto en el acuerdo de sede entre la Comunidad Europea y Bélgica?

En el supuesto de que sea aplicable el Derecho internacional privado entre los nacionales de los Estados concernidos y las autoridades de éstos, ¿puede la Comisión investigar ante las autoridades belgas las causas de los impedimentos para su aplicación con los que se encuentran los funcionarios europeos residentes en Bélgica, pero de nacionalidad distinta a la belga, sumidos en procesos de divorcio?

*Respuesta:* Los funcionarios comunitarios están amparados, en lo referente a sus actos como tales, por el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades, y principalmente, por su artículo 12.

En lo que se refiere a los actos relativos al derecho privado y, por lo tanto, también en los casos de divorcio, el artículo 23 del Estatuto aplicable a los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas prevé que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades, los funcionarios no están dispensados de cumplir sus obligaciones privadas ni de observar las leyes y los reglamentos de policía en vigor. Por lo tanto, la situación de los funcionarios comunitarios, por el simple hecho de estar amparados bajo su Estatuto, no difiere de la de otras personas que residan en el mismo Estado miembro.

En lo que se refiere a los procesos de divorcio, los funcionarios europeos residentes en Bélgica, pero de nacionalidad distinta a la belga se ven sometidos, por tanto, a la legislación belga y a las normas de Derecho internacional privado.

50. **Pregunta escrita P-0737/98, de Werner Langen (PPE) a la Comisión, de 2 de marzo de 1998, y respuesta del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 8 de abril de 1998. Asunto: Directiva de la UE sobre las marcas. DOCE, C, núm. 304, de 2 de octubre de 1998. Respuesta complementaria del Sr. Monti en nombre de la Comisión, de 2 de junio de 1998. DOCE, C, núm. 402, de 22 de diciembre de 1998.**

*Pregunta:* La Directiva de la UE sobre las marcas establece una protección jurídica especial para fabricantes de artículos de marca y les permite mantener los precios de sus productos a un nivel artificialmente elevado. Esta normativa parece muy discutible desde el punto de vista del derecho mercantil, puesto que sitúa la protección de los fabricantes de artículos de marca por encima de acuerdos y convenios internacionales. Esta circunstancia limita la libre circulación de mercancías y actúa en contra de los intereses de los consumidores, quienes, en última instancia, deben pagar un nivel de precios abusivo. ¿Podría facilitar la Comisión las siguientes informaciones?

1. ¿Qué juicio le merecen a la Comisión las repercusiones en la política de competencia y del consumidor de la limitación de la libre circulación de mercancías por la transposición en 1995 de la Directiva de la UE sobre las marcas? ¿Cómo justifica la Comisión el dominio fáctico de los intereses de los productores de artículos de marca sobre los intereses del libre comercio mundial y de los consumidores?

2. ¿De qué informaciones dispone la Comisión en cuanto a la medida en la que la Directiva de la UE sobre las marcas impide la importación de productos de marca a precios más económicos? ¿Qué repercusiones ha tenido desde su entrada en vigor esta Directiva en el nivel de los precios de venta de artículos de marca negociados a nivel internacional?

3. ¿De qué datos dispone la Comisión en cuanto a la aplicación práctica de la Directiva sobre las marcas en los Estados miembros de la Unión Europea? ¿Puede confirmar la Comisión que, por ejemplo, la aplicación de esta Directiva para evitar importaciones paralelas fue condenada como abuso por una decisión judicial en Bélgica?

*Respuesta:* La Comisión está realizando un minucioso examen del problema al que se refiere Su Señoría, y le informará de su resultado lo más rápidamente posible.

*Respuesta complementaria:* Como complemento a su respuesta de 8 de abril de 1998, la Comisión está ahora en condiciones de comunicar la información siguiente:

La Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, introdujo el principio de agotamiento comunitario de los derechos conferidos a una marca. Este principio significa que, cuando un producto protegido por una marca ha sido puesto en el mercado en la Comunidad, por el titular o con su consentimiento, ya no pueden alegarse los derechos

sobre la marca para limitar la libre circulación de este producto en el mercado interior. Esta regla no se aplica, en cambio, a las importaciones paralelas procedentes de países extracomunitarios. Esta disposición sobre el agotamiento comunitario fue incluida a petición del Parlamento. En efecto, cuando en su propuesta inicial, la Comisión había elegido el principio del agotamiento internacional, el Parlamento solicitó que únicamente se tuviera en cuenta el agotamiento comunitario. En el estado actual de las relaciones económicas internacionales, el principio del agotamiento comunitario podría presentar algunas ventajas para los consumidores en función del producto de que se trate. En particular, puede garantizar una calidad constante de los productos que circulan en el mercado interior y asegurar la continuidad del servicio postventa. Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la Directiva sobre marcas ha tenido el efecto de aumentar la competencia entre los fabricantes en el mercado interior. Con el fin de tener una visión de conjunto de la situación, y a petición de varios Estados miembros, la Comisión ha decidido encargar un amplio estudio económico sobre las consecuencias de la opción que se tomó en la Directiva sobre marcas en lo tocante al agotamiento. Este estudio se iniciará lo antes posible. Por otra parte, el principio del agotamiento comunitario es compatible con las normas del Derecho internacional y hay que observar que, en el momento actual, ningún gran socio económico de la Comunidad y de sus Estados miembros aplica el principio del agotamiento internacional de los derechos de propiedad industrial.

A través del agotamiento comunitario, la Directiva ha tenido por efecto, en los Estados miembros que anteriormente conocían el agotamiento internacional, limitar las importaciones paralelas procedentes de terceros países cuando los titulares de marcas decidan hacer valer sus derechos para limitarlas o impedir las. Así, algunos operadores económicos especializados en la importación paralela de productos de gran consumo procedentes de los Estados Unidos informaron a la Comisión de que se habían visto confrontados con reivindicaciones de los titulares de marcas que se opusieron a dichas importaciones procedentes de terceros países. La Comisión no dispone de cifras exactas a este respecto. Las consecuencias de la decisión en favor del principio del agotamiento comunitario se tomó en la Directiva sobre marcas, y sus consecuencias sobre el flujo de las importaciones paralelas se evaluarán de forma detallada tras el estudio económico antes mencionado.

Actualmente ninguna ley sobre marcas en los Estados miembros recoge el principio del agotamiento internacional. No obstante, hay que observar que varias jurisdicciones nacionales han planteado al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 7 de la Directiva, preguntando si esta disposición prohibía o no la aplicación del principio del agotamiento internacional (asuntos *Silhouette C-355/96*, *Ralph Lauren C-370/97* y *Calvin Klein C-4/98*). Estas preguntas tienen por objeto averiguar si los titulares de los derechos de marcas pueden invocar dichos derechos para oponerse a las importaciones paralelas

precedentes de terceros países. En el asunto *Silhouette*, las conclusiones del Abogado general que se han dado a conocer recientemente confirman la interpretación dada por la Comisión, según la cual la disposición pertinente de la Directiva constituye una medida de armonización total que ya no permite a los Estados miembros incluir, en su legislación nacional, el principio del agotamiento internacional.

**51. Pregunta escrita E-1068/98, de Allan Macartney (ARE) a la Comisión, de 6 de abril de 1998, y respuesta de la Sra. Bonino en nombre de la Comisión, de 11 de junio de 1998. Asunto: *Reventas de multipropiedad* y aplicación de la Directiva sobre multipropiedad. DOCE, C, núm. 402, de 22 de diciembre de 1998.**

*Pregunta:* ¿Conoce la Comisión los continuos problemas que padecen los turistas a causa de los llamados «revendedores de multipropiedad»? Y en concreto, ¿se han recopilado datos sobre el abuso verbal o escrito de «promesas» de recompra de los derechos de propiedad de clientes que desean acogerse a las ventajas de los servicios de reventa; y qué otra normativa se está tomando en consideración a este respecto?

¿Cuál es el grado de aplicación y ejecución de la Directiva sobre multipropiedad?

*Respuesta:* La Comisión es perfectamente consciente de los continuos problemas que las empresas de multipropiedad crean a los turistas. De hecho, la Comisión recibe regularmente reclamaciones de ciudadanos europeos. La Comisión, incluso, se mantiene constantemente informada sobre los métodos de venta tan agresivos y abusivos que emplean los operadores de multipropiedad por medio de algunas organizaciones de consumidores que reciben subsidios de la Comisión para que aborden los problemas transfronterizos de consumidores, y que advierten sobre un alto número de casos relativos a la multipropiedad.

La información compilada sobre este asunto en los años pasados llevó a la Comisión a proponer una Directiva relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. El Parlamento y el Consejo la adoptaron el 26 de octubre de 1994 (Directiva 94/47/CE).

La Directiva 94/47/CE no tiene por objeto regular las ventas en general ni las estrategias de marketing, como incentivos, alicientes y otros modos de persuasión del tipo de promesas de recomprar la propiedad a clientes que quieren acogerse a las ventajas de los servicios de reventa, lo cual es un ámbito que excede notablemente la cuestión de la multipropiedad en sí. Todavía no existe una legislación comunitaria que cubra estos temas, que permanecen en el ámbito de la competencia de los Estados miembros.

El objetivo de la Directiva 94/47/CE es la creación de una base mínima de normas comunes sobre ciertos aspectos de los contratos de multipropiedad con objeto de proporcionar a los adquirentes un elevado nivel

de protección. De hecho, la Directiva cubre solamente aquellos aspectos relativos a transacciones contractuales que se refieren a la información sobre los elementos constitutivos del contrato y sobre las condiciones de transmisión de dicha información, así como los procedimientos y formas de rescisión y resolución. Esta Directiva, que no afecta a los principios básicos de la ley contractual competente en los Estados miembros, establece la protección mínima a la que los consumidores tienen derecho en todos los Estados miembros. Las autoridades nacionales pueden adoptar medidas más estrictas si lo consideran necesario.

Conforme al artículo 1.2 de la Directiva, los Estados miembros habían de aplicar ésta con fecha límite del 29 de abril 1997. En la actualidad, seis Estados miembros aún no han comunicado las medidas nacionales que han dispuesto para aplicar la Directiva 98/47/CE. La Comisión abrió expediente, según el artículo 169 del Tratado CE, por incumplimiento de la obligación de informar a la Comisión sobre dichas medidas a Bélgica, Grecia, España, Francia, Italia y Luxemburgo, y les remitió dictámenes motivados a principios de 1998.

Una primera evaluación de las medidas nacionales en el ámbito de la Directiva 98/47/CE, comunicadas por los otros nueve Estados miembros, puso de manifiesto posibles elementos de discordancia en algunos de ellos. La Comisión analiza actualmente dichos casos.

### III. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

#### ADHESIÓN DE NUEVOS ESTADOS

52. **STJCE de 16 de julio de 1998. Asunto C-171/96. Rui Alberto Pereira Roque/His Excellency the Lieutenant Governor of Jersey.** Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Acta de adhesión de 1972. Protocolo núm. 3 relativo a las islas del Canal y a la isla de Man Jersey. Expulsión de Jersey de los nacionales de un Estado miembro distinto del Reino Unido

#### AGRICULTURA

53. **STJCE de 19 de noviembre de 1998. Asunto C-162/97. Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren, Solweig Arrborn.** Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Prohibición de restricciones cuantitativas y de medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros. Excepciones. Protección de la salud y de la vida de los animales. Mejora de la cabaña. Reproducción de bovinos reproductores de raza selecta. Inseminación artificial.

## APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

54. STJCE de 14 de julio de 1998. Asunto C-385/96. *Hermann Josef Goerres*. Cuestión prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Etiquetado y presentación de productos alimenticios. Directiva 79/112/CEE. Protección de los consumidores. Lengua. El Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 79/112/CEE del Consejo no se opone a una normativa nacional que, en lo que se refiere a las exigencias lingüísticas, prescribe la utilización de una lengua determinada para el etiquetado de los productos alimenticios, pero que permite también, con carácter alternativo, utilizar otra lengua fácilmente inteligible para los compradores. Todas las indicaciones obligatorias prescritas por la Directiva 79/112 deben figurar en el etiquetado en una lengua fácilmente inteligible o a través de otros medios, tales como dibujos, símbolos o pictogramas. Una etiqueta complementaria («Zusatzschild») colocada en el establecimiento, en el lugar en que se encuentra el producto de que se trate, no es una medida suficiente para garantizar la información y la protección del consumidor final.
55. STJCE de 16 de julio de 1998. Asunto C-355/96. *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG/Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*. Cuestión prejudicial. Agotamiento del derecho de marca. Mercancía comercializada en la Comunidad o en un país tercero. El Tribunal de Justicia declaró: 1) El apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, se opone a normas nacionales que prevén el agotamiento del derecho conferido por una marca respecto de productos comercializados fuera del Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento. 2) El apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 89/104 no puede interpretarse en el sentido de que, con el único fundamento de esta disposición, el titular de una marca está facultado para obtener una orden conminatoria por la que se prohíba a un tercero utilizar su marca respecto de productos que han sido comercializados fuera del Espacio Económico Europeo con dicha marca por el titular o con su consentimiento.
56. STJCE de 29 de septiembre de 1998. Asunto C-39/97. *Canon Kabushiki Kaisha/Metro-Goldwyn-Mayer Inc*. Cuestión prejudicial. Derecho de marca. Riesgo de confusión. Similitud entre pro-

ductos o servicios. La Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, debe interpretarse en el sentido de que el carácter distintivo de la marca anterior, y, en particular, su renombre, puede tenerse en cuenta para apreciar si la similitud entre los productos o los servicios designados por las dos marcas es suficiente para generar un riesgo de confusión.

57. STJCE de 3 de diciembre de 1998. Asunto C-368/96. *The Queen ex parte: Generics (UK) Ltd/The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 (representada por The Medicines Control Agency)*. Cuestión prejudicial. Medicamentos. Autorización de comercialización. Procedimiento simplificado. Productos esencialmente similares.

#### AYUDAS DE ESTADO

58. STPICE de 15 de septiembre de 1998. Asunto T-95/96, *Gestevisión Telecinco SA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Televisión pública. Denuncia. Recurso por omisión. Obligación de investigar de la Comisión. Plazo. Procedimiento del apartado 2 del artículo 93. Serias dificultades. El Tribunal de Primera Instancia decidió: Declarar que la Comisión ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al abstenerse de adoptar una decisión a raíz de las dos denuncias formuladas por la parte demandante el 2 de marzo de 1992 y el 12 de noviembre de 1993.
59. STPICE de 15 de septiembre de 1998, Asuntos acumulados T-126/96 y T-127/96. *Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) y Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiere (EFIM)/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado. Apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE. Comunicación de apertura de procedimiento. Ayudas no mencionadas explícitamente. Ayudas a las empresas situadas en las regiones desfavorecidas. Reestructuración. Recuperación de la ayuda. Plazo de prescripción.
60. STJCE de 12 de noviembre de 1998. Asunto C-415/96. *Reino de España/Comisión de las Comunidades Europeas*. Ayudas de Estado a empresas públicas del sector textil. Consecuencias de una sentencia anulatoria sobre los actos preparatorios del acto anulado. Presunta infracción de los artículos 93 y 174 del

**Tratado CE. Presunta violación del derecho de defensa y de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Recurso. Desestimación del recurso.**

#### CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

61. **STJCE de 9 de julio de 1998. Asunto C-323/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. Párrafo primero del artículo 14 de la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Incumplimiento de Estado.**

#### COMPETENCIA

62. **STPICE de 15 de septiembre de 1998. Asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. *European Night Services Ltd (ENS) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Transporte ferroviario. Acuerdos sobre los servicios ferroviarios nocturnos a través del túnel bajo el Canal de la Mancha. Restricciones a la competencia. Directiva 91/440/CEE. Perjuicio sensible del comercio. Suministro de servicios indispensables. Recursos esenciales. Motivación. Admisibilidad.**
63. **STJCE de 1 de octubre de 1998. Asunto C-38/97. *Autotrasporti Librandi Snc di Librandi F. & C./Cuttica spedizioni e servizi internazionali Srl*. Cuestión prejudicial. Competencia. Letras f) y g) del artículo 3 y los artículos 5, 85, 86 y 90 del Tratado CE. Transporte por carretera. Tarifa obligatoria. Normativa estatal. Conceptos de interés general y de interés público.**
64. **STJCE de 17 de noviembre de 1998. Asunto C-70/97 P. *Kruidvat BVBA/Comisión de las Comunidades Europeas*. Recurso de casación. Sistema de distribución selectiva. Productos cosméticos de lujo. Empresa directa e individualmente afectada.**
65. **STJCE de 26 de noviembre de 1998. Asunto C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*. Cuestión prejudicial. Artículo 86 del**



**Tratado CE. Abuso de posición dominante. Negativa de una empresa periodística que ocupa una posición dominante en el territorio de un Estado miembro a incluir la distribución de un diario competidor perteneciente a otra empresa del mismo Estado miembro en su propio sistema de reparto de periódicos a domicilio. No constituye un abuso de posición dominante.**

CONVENIO RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL/EJECUCIÓN  
DE RESOLUCIONES JUDICIALES

66. STJCE de 27 de octubre de 1998. Asunto C-51/97. *Réunion Européenne SA y otros/Splithoff's Bevrachtungskantoor BV y Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Interpretación de los números 1 y 3 del artículo 5 y del artículo 6. Demanda de indemnización presentada por el destinatario o el asegurador de la mercancía basándose en el conocimiento de embarque, contra un demandado que no emitió el conocimiento, pero al que el demandante considera como el verdadero transportista marítimo.
67. STJCE de 17 de noviembre de 1998. Asunto C-391/95. *Van Uden Maritime BV, agissant sous le nom Van Uden Africa Line/Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Artículos 1, 5 y 24. Convenio arbitral. Pago en concepto de entrega a cuenta. Concepto de medidas provisionales. Condiciones de la competencia para adoptarlas.

DERECHO DE SOCIEDADES

68. STJCE de 17 de septiembre de 1998. Asunto C-323/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica*. Incumplimiento de Estado. Contratos públicos de obras. Directivas 89/440/CEE y 93/37/CEE. Falta de publicación de un anuncio de licitación. Aplicación injustificada de un procedimiento negociado.
69. STJCE de 24 de septiembre de 1998. Asunto C-76/97. *Walter Tögel/Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*. Cuestión prejudicial. Mercado público de servicios. Efecto directo de una Directiva no transpuesta. Clasificación de los servicios de transporte de enfermos.

70. **STJCE de 24 de septiembre de 1998. Asunto C-111/97. *EvoBus Austria GmbH/Niederösterreichische Verkehrsorganisations G.m.b.H. (Növog)*. Cuestión prejudicial. Mercados públicos en el sector del agua, de la energía y de los transportes y de las telecomunicaciones. Efectos de una directiva no transpuesta.**
71. **STJCE de 29 de septiembre de 1998. Asunto C-191/95. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania*. Incumplimiento de Estado. Dictamen motivado. Principio de colegialidad. Derecho de sociedades. Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad. Cuentas anuales. Sanciones en caso de no publicación.**
72. **STJCE de 10 de noviembre de 1998. Asunto C-360/96. *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden y BFI Holding BV*. Prejudicial. Interpretación de la letra b) del artículo 1 y del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Contratos públicos de servicios. Contrato de recogida de residuos. Concepto de entidad adjudicadora. Organismo de derecho público.**

#### DERECHO INSTITUCIONAL

73. **STPICE de 16 de julio de 1998. Asunto T-199/96. *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jean-Jacques Goupil/Comisión de las Comunidades Europeas*. Productos cosméticos. Directiva 76/768/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1976, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos. Cremas solares y productos bronceadores. Salud pública. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.**
74. **Auto TJCE de 12 de noviembre de 1998. Asunto C-162/98. *Generalstaatsanwaltschaft/Hans-Jürgen Hartmann*. Cuestión prejudicial. Petición de interpretación de un acuerdo celebrado entre algunos Estados miembros en el marco del artículo 8 de la Directiva 93/89/CEE relativa a la aplicación por los Estados miembros de los impuestos sobre determinados tipos de vehícu-**

los utilizados para el transporte de mercancías por carretera, así como de los peajes y derechos de uso percibidos por la utilización de determinadas infraestructuras. Incompetencia del Tribunal de Justicia.

75. STJCE de 3 de diciembre de 1998. Asunto C-337/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Industrial Refuse & Coal Energy Ltd.* Cláusula compromisoria. Incumplimiento de contrato celebrado entre particular y la Comisión.

#### FISCALIDAD

76. STJCE de 27 de octubre de 1998. Asunto C-152/97. *Abbruzzi Gas SpA (Agas)/Amministrazione Tributaria di Milano.* Cuestión prejudicial. Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, en su versión modificada por la Directiva 85/303/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985. Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Fusión de sociedades. Absorción por una sociedad que posea ya la totalidad de los títulos de las sociedades absorbidas.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

77. STJCE de 14 de julio de 1998. Asunto C-389/96. *Aher-Waggon GmbH/Bundesrepublik Deutschland.* Cuestión prejudicial. Artículo 30 del Tratado CE. Medidas de efecto equivalente. Directivas sobre las emisiones sonoras de las aeronaves. Normas nacionales en materia de emisiones sonoras más severas que las previstas en la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas, en su versión modificada por la Directiva 83/206/CEE del Consejo, de 21 de abril de 1983. Obstáculo a la importación de una aeronave. Protección del medio ambiente.
78. STJCE de 22 de septiembre de 1998. Asunto C-61/97. *Foreningen af danske Videogramdistributører / Laserdisken.* Cuestión prejudicial. Derechos de autor y derechos afines. Alquiler de videodiscos. Los artículos 30 y 36 del Tratado CE y la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, relativa al derecho de alquiler y de préstamo, y a determinados derechos afines al derecho de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, no se oponen a que una persona titular de un derecho exclusivo de alquiler prohíba en un Estado miembro el alquiler de copias de una obra cinematográfica, incluso cuando

tal alquiler hubiera sido autorizado en el territorio de otro Estado miembro.

79. STJCE de 22 de octubre de 1998. Asunto C-184/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa*. Incumplimiento de Estado. Artículo 30 del Tratado CE. La República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CE, al haber aprobado el Decreto núm. 93-999, de 9 de agosto de 1993, relativo a los preparados a base de *foie gras*, sin incluir en él una cláusula de reconocimiento mutuo para los productos procedentes de un Estado miembro y que se ajusten a las normas establecidas por éste.
80. STJCE de 3 de diciembre de 1998. Asunto C 67/97. *Ditlev Bluhme*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Prohibición de restricciones cuantitativas y de medidas de efecto equivalente entre Estados miembros. Excepciones. Protección de la salud y vida de los animales. Abejas de la subespecie *Apis mellifera mellifera* (abeja parda de Læsø).

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

81. STJCE de 2 de julio de 1998. Asuntos acumulados C-225/95, C-226/95 y C-227/95. *Anestis Kapasakalis, Dimitris Skiathitis y Antonis Kougiagkas/Elliniko Dimossio (Estado helénico)*. Cuestión prejudicial. Directiva 89/48/CEE. Sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior. Ámbito de aplicación. Situación puramente interna de un Estado miembro. Un nacional de un Estado miembro, que se encuentre en una situación cuyos elementos estén todos situados sólo en el interior de dicho Estado miembro, no puede invocar los derechos conferidos por la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.
82. STJCE de 16 de julio de 1998. Asunto C-264/96. *Imperial Chemical Industries plc (ICI)/Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*. Cuestión prejudicial. Derecho de establecimiento. Impuesto de sociedades. Transferencia de una sociedad a otra, dentro de un grupo, del derecho a una desgravación fiscal por pérdidas comerciales. Requisito relativo al domicilio social de las sociedades que integran el grupo. Diferencia de trato por razón del domicilio social. Obligaciones del Juez nacional.

83. **STJCE de 16 de julio de 1998. Asunto C-93/97. *Fédération belge des chambres syndicales de médecins ASBL/Gouvernement flamand y otros*. Cuestión prejudicial. La letra a) del apartado 1 del artículo 31 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, no supedita el acceso a la formación específica en Medicina General a la previa obtención del diploma, certificado u otro título de los mencionados en el artículo 3 de la misma Directiva.**
84. **STJCE de 29 de octubre de 1998. Asunto C-230/97. *Ibiyinka Awoyemi*. Cuestión prejudicial. Permiso de conducir. Interpretación de la Directiva 80/1263/CEE. Incumplimiento de la obligación de canjear el permiso expedido por un Estado miembro a un nacional de un país tercero por un permiso del Estado miembro de su nueva residencia. Sanciones penales. Incidencia de la Directiva 91/439/CEE.**
85. **STJCE de 29 de octubre de 1998. Asunto C-114/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Incumplimiento de Estado. Libre circulación de trabajadores. Libertad de establecimiento. Libre prestación de servicios. Actividades de seguridad privada. Requisitos de nacionalidad. España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE y, en particular, de sus artículos 48, 52 y 59, al mantener en vigor los artículos 7, 8 y 10 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, en la medida en que supeditan la concesión de la autorización para ejercer actividades de seguridad privada, en el caso de las empresas de seguridad, a los requisitos de tener la nacionalidad española y de que sus administradores y directores tengan su residencia en España y, en el caso del personal de seguridad, al requisito de tener la nacionalidad española.**
86. **STJCE de 29 de octubre de 1998. Asuntos acumulados C-193/97 y C-194/97. *Manuel de Castro Freitas, Raymond Escaillier/Ministre des Classes moyennes et du Tourisme*. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Directiva 64/427/CEE relativa a las modalidades de medidas transitorias en el ámbito de las actividades por cuenta propia de transformación correspondientes a las clases 23 y 40 de la CITI (Industria y Artesanía)... Requisitos de acceso a la profesión. Períodos de ejercicio efectivo.**

## LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

87. **STJCE de 1 de diciembre de 1998. Asunto C-410/96. *André Ambry*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Libre circulación de capitales. Concesión de una garantía financiera. Recurso a una garantía concedida por una entidad de crédito o una empresa de seguros establecida en otro Estado miembro, por parte de una agencia de viajes, para obtener la garantía necesaria para el ejercicio de su actividad.**

## MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

88. **STJCE de 1 de octubre de 1998. Asunto C-71/97. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a una Directiva. El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 3 y 4 de la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura, por una parte, al no haber designado las zonas consideradas como vulnerables y al no haber comunicado estas designaciones a la Comisión, así como, por otra parte, al no haber elaborado los códigos de buenas prácticas agrarias respecto a las Comunidades Autónomas distintas de Andalucía, Cantabria, Madrid, Murcia, Navarra y Valencia, y al no haberlos comunicado a la Comisión.**
89. **STJCE de 25 de noviembre de 1998. Asunto C-214/96. *Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España*. Incumplimiento de Estado. No adaptación del Derecho interno a la Directiva 76/464/CEE, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad.**

## POLÍTICA COMERCIAL

90. **STJCE de 19 de noviembre de 1998. Asunto C-284/94. *Reino de España/Consejo de la Unión Europea*. Recurso de anulación. Política comercial común. Reglamentos (CE) núm. 519/94 y núm. 1921/94, relativo al régimen común aplicable a las importaciones de determinados países terceros. Contingentes de importación sobre determinados juguetes originarios de la República Popular de China. Desestimación del recurso.**

## POLÍTICA SOCIAL

91. STJCE de 30 de junio de 1998. Asunto C-394/96. *Mary Brown/Rentokil Ltd.* Cuestión prejudicial. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Despido de una mujer encinta. Ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo.
92. STJCE de 16 de julio de 1998. Asunto C-235/95. *AGS Assedic Pas-de-Calais/François Dumon.* Cuestión prejudicial. Política social. Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Artículo 4. Efecto directo. Posibilidad de aplicar a los particulares disposiciones nacionales que fijan el tope para la garantía de pago a falta de información a la Comisión.
93. STJCE de 22 de septiembre de 1998. Asunto C-185/97. *Belinda Jane Coote/Granada Hospitality Ltd.* Cuestión prejudicial. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Negativa del empresario a proporcionar referencias a un ex-asalariado despedido. Protección jurisdiccional e igualdad de trato.
94. STJCE de 27 de octubre de 1998. Asunto C-411/96. *Margaret Boyle y otros/Equal Opportunities Commission.* Cuestión prejudicial. Igualdad de retribución e igualdad de trato entre hombre y mujeres. Permiso de maternidad. Derechos de las mujeres embarazadas en materia de incapacidad temporal por enfermedad, vacaciones anuales y devengo de derechos a pensión.
95. STJCE de 12 de noviembre de 1998. Asunto C-399/96. *Europièces SA y Wilfried Sanders, Automotive Industries Holding Company SA.* Cuestión prejudicial. Política social. Aproximación de las legislaciones. Transmisiones de empresas. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Directiva 77/187/CEE. Ámbito de aplicación. Transmisión de una empresa en liquidación voluntaria.

96. STJCE de 19 de noviembre de 1998. Asunto C-66/96. *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger*. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 119 del Tratado CE; de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975; de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, y de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Retribución. Condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas.
97. STJCE de 1 de diciembre de 1998. Asunto C-326/96. *B.S. Levez/T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.* Cuestión prejudicial. Política social. Trabajadores y trabajadoras. Igualdad de retribución. Artículo 119 del Tratado CE. Directiva 75/117/CEE. Sanciones contra el quebrantamiento de la prohibición de discriminación. Atrasos retributivos. Legislación nacional que limita el derecho a obtener atrasos retributivos al período de dos años anterior a la interposición del recurso. Recursos similares de carácter interno.
98. STJCE de 10 de diciembre de 1998. Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97. *Francisco Hernández Vidal SA/Prudencia Gómez Pérez e. a.* Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de transferencia de empresas. Empresa de limpieza subcontratada. Noción de entidad económica.
99. STJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96. *Francisca Sánchez Hidalgo e. a./Asociación de Servicios Aser e.a.* Cuestión prejudicial. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de transferencia de empresas. Empresa pública que subcontrata servicios de ayuda a domicilio y vigilancia de ciertos locales. Concepto de entidad económica.

#### PRINCIPIOS DE DERECHO COMUNITARIO

100. STJCE de 15 de septiembre de 1998. Asunto C-231/96. *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)/Ministero delle Finanze*. Cuestión prejudicial. Devolución de ingresos indebidos. Plazos procesales nacionales. El hecho de que el Tribunal de Justicia haya dictado una sentencia prejudicial sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, sin limitar los efectos en el tiempo de dicha sentencia, no afecta al derecho de un Estado miembro a invocar un plazo nacional de caducidad frente a las acciones de devolución de tributos percibidos en contra de la referida disposición.



101. **STJCE de 24 de noviembre de 1998. Asunto C-274/96. *Horst Otto Bickel, Ulrich Franz*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de personas. Igualdad de trato. Régimen lingüístico aplicable a los procesos penales. El derecho conferido por una normativa nacional a obtener que un proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la lengua principal del Estado de que se trate está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado CE y, por lo tanto, debe respetar su artículo 6. El artículo 6 del Tratado se opone a una normativa nacional que confiere a los ciudadanos de una lengua determinada, distinta de la lengua principal del Estado miembro de que se trate, que residen en el territorio de una entidad territorial determinada, el derecho a obtener que el proceso penal se sustancie en su lengua, sin conferir el mismo derecho a los nacionales de la misma lengua, de los demás Estados miembros, que circulen o permanezcan en dicho territorio.**

## RELACIONES EXTERIORES

102. **STJCE de 19 de noviembre de 1998. Asunto C-210/97. *Haydar Akman y Oberkreisdirektor des Rheinisch-Bergischen-Kreises*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Libre circulación de los trabajadores. Párrafo segundo del artículo 7 de la Decisión núm. 1/80 del Consejo de Asociación. Derecho del hijo de un trabajador turco a aceptar cualquier oferta de empleo en el Estado miembro de acogida en el que ha adquirido una formación profesional. Situación del hijo que concluye su formación en un momento en que su padre, que ha ocupado un puesto de trabajo legal en el Estado de acogida durante más de tres años, ya ha regresado a Turquía.**
103. **STJCE de 26 de noviembre de 1998 Asunto C-1/97. *Mehmet Birden/Stadtgemeinde Bremen*. Cuestión prejudicial. Acuerdo de Asociación CEE-Turquía. Libre circulación de los trabajadores. Apartado 1 del artículo 6 de la Decisión núm. 1/80 del Consejo de Asociación. Ámbito de aplicación. Nacional turco que disfruta de un contrato de trabajo de duración determinada en el marco de un programa financiado por el sector público que tiene por objeto permitir a las personas que dependen de la ayuda social su inserción en el mercado de trabajo.**

## TRANSPORTES

104. **STJCE de 17 de septiembre de 1998. Asunto C-412/96. *Kai-nuun Liikenne Oy y Oy Pohjolan Liikenne Ab*. Cuestión preju-**

**dicial. Transporte. Reglamento (CEE) núm. 1191/69 del Consejo, de 26 de junio de 1969, relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción del servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1893/91 del Consejo, de 20 de junio de 1991. Obligaciones de servicio público. Solicitud de supresión de una parte de la obligación de servicio, como consecuencia de la existencia de pérdidas económicas en la empresa adjudicataria.**



## Jornadas sobre el nuevo Código de Familia de Cataluña

**MARGARITA GARRIGA GORINA  
COVADONGA RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI**

Universitat Pompeu Fabra

Los días 9 y 10 de diciembre de 1998 se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona unas Jornadas sobre la nueva legislación catalana de derecho de familia, con el objeto de analizar el Codi de Família (Ley 9/1998, de 15 de julio) y la Ley de uniones estables de pareja (Ley 10/1998, de 15 de julio). El Codi de Família sistematiza toda la disciplina del derecho de familia, superando la dispersión legislativa que se derivaba de la multiplicidad de leyes especiales. Recoge, además, la regulación de instituciones propias del derecho de la persona como son las instituciones tutelares. El Codi de Família, junto con el Codi de Successions per causa de mort, y el anunciado Codi de dret patrimonial están llamados a integrarse en el futuro Codi civil de Catalunya.

Las Jornadas se desarrollaron según un sistema de doble ponencia (ponente y contra ponente) para cada una de las materias objeto de estudio, a cargo de prestigiosos especialistas. El programa se estructuró en un total de ocho ponencias, correspondientes a los ocho Títulos del Codi de Família, excepto los relativos a adopción y filiación, que se agruparon en una sola ponencia. La última ponencia se dedicó a la ley que, por primera vez en España, regula las parejas de hecho. La organización corrió a cargo del Área de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra, bajo la dirección el Dr. Joan Egea Fernández con el soporte de la Generalitat de Catalunya, del Ministerio de Educación y Ciencia y de la Universidad Pompeu Fabra.

Dado el interés que suscitaron estas Jornadas, nos ha parecido interesante realizar una reseña que, siguiendo el orden de las intervenciones, dé razón de algunos de los aspectos más relevantes que se trataron.

En la primera ponencia, «Efectos del matrimonio. Régimen primario», intervinieron el Dr. Lluís Puig Ferriol, catedrático de Derecho Civil y magistrado del TSJ Catalunya y el Sr. Juan José López Burniol, Notario.

El Dr. Puig Ferriol inició su intervención destacando que el Codi de Família (en adelante, CF) ha supuesto el segundo hito importante del desarrollo del Derecho civil catalán, después del Codi de Successions. El ponente puso de relieve los problemas competenciales que se plantearon al legislador catalán en el momento de determinar el alcance de la competencia exclusiva del Estado que señala el artículo 149.1.8.º CE en materia de relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio. En este sentido, entendió el Dr. Puig i Ferriol que el CF ha superado, por un lado, una interpretación excesivamente literalista del artículo 149.1.8.º CE, al regular también los efectos personales del matrimonio y, por otro lado, con prudencia no ha contemplado una normativa sobre separación y disolución del matrimonio. Al analizar la normativa del régimen primario del matrimonio sobre contribución a las cargas del matrimonio, protección de la vivienda familiar y protección de terceros, el ponente indicó que el legislador ha tenido en cuenta que la mayoría de los matrimonios catalanes se encuentran sometidos al régimen de separación de bienes. Destacó el cambio que ha introducido el CF en relación a la responsabilidad de los cónyuges por las deudas familiares y frente a la regulación anterior —desacertada o, como mínimo, muy discutible— que hacía responder al cónyuge que había contraído la deuda, el artículo 8 CF ha corregido este sistema y ha establecido que ambos cónyuges responden solidariamente. En defensa de esta nueva regulación, señaló que si ambos cónyuges han de contribuir al sostenimiento de las deudas familiares, es correcto que, para evitar situaciones fraudulentas, los acreedores tengan derecho a cobrar frente a cualquiera de los cónyuges. En cuanto a la protección de la vivienda familiar (art. 9 CF), destacó que fue la modificación de la Compilación de 1993 la que introdujo la exigencia del consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar, en contra de un sector de la doctrina que consideraba tal regulación contraria al régimen de separación de bienes; se consideró oportuno mitigar el régimen de separación de bienes, para hacerlo compatible con un sistema de protección de los intereses familiares. En último lugar, respecto al Capítulo relativo a las relaciones económicas entre cónyuges, destacó que su regulación tiene como finalidad evitar que se utilice el régimen de separación de bienes para defraudar a los acreedores y que la presunción de donación encubierta en los negocios onerosos entre cónyuges (arts. 11 y 12 CF) no difiere de la normativa anterior. Al destacar que estas normas sobre inversión de la carga de la prueba se fundamentan en la relación de confianza del matrimonio que propicia el fraude, planteó la posibilidad de aplicarlos a las parejas de hecho, en las que se da esta misma relación. Asimismo, puso de relieve que sólo los terceros pueden invocar este precepto, y no los cónyuges, como señaló la Sentencia TSJ Cataluña de 28 de diciembre de 1993.

El Sr. López Burniol, en su intervención titulada «Los capítulos matrimoniales en la sociedad actual», analizó la novedad más relevante que ha incorporado el CF (art. 15 *in fine*) en la regulación de los capítulos matrimoniales, que es la posibilidad de pactar en los capítulos estipulaciones en previsión de una ruptura matrimonial. En el inicio de su exposición destacó que, en el derecho de familia, el interés público no impide que se pueda hablar de ámbitos dejados a la autonomía de la voluntad y defendió la posibilidad de que los cónyuges puedan vincularse voluntariamente de forma irrevocable, como manifestación de libertad. Puso de manifiesto la neutralidad de la institución capitular y su cambio de función, motivado básicamente por la actual situación socioeconómica que resumió en cuatro hechos: la secularización del derecho de familia, la creciente inestabilidad matrimonial, la generalización del derecho de propiedad y el predominio de los patrimonios de subsistencia junto a la trivialización del hecho sucesorio. Estas realidades son las que fundamentan la admisión de lo que el ponente denominó «capítulos de derribo», que tienen una función liquidatoria de las situaciones de conflicto que se producen en las crisis matrimoniales. Se trata, según puso de manifiesto el profesor López Burniol, de dejar un margen en el que los cónyuges puedan regular sus propios intereses. Señaló que, en estos «capítulos de derribo», los cónyuges pueden hacer predeterminaciones patrimoniales —determinar la liquidación del régimen económico—, o también predeterminar la entrega de bienes para el supuesto de divorcio; en cuanto a la liquidación, apuntó el ponente que no se puede pactar nada en detrimento del principio fundamental de igualdad entre los cónyuges. También destacó que en estos capítulos se pueden pactar predeterminaciones sucesorias, e hizo referencia a los heredamientos puros y a los prelativos en favor de los hijos del matrimonio; respecto a los primeros, defendió su irrevocabilidad frente a la revocabilidad que admite el artículo 20.2.b) CF.

En la segunda ponencia, «Regímenes económico matrimoniales», intervinieron el Dr. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza; el Dr. Antonio Manuel Morales Moreno, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, y el Dr. Pablo Salvador Coderch, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra.

El profesor Delgado centró su intervención en el régimen de separación de bienes. Después de analizar brevemente la evolución de su regulación en la legislación catalana, apuntó que en la actualidad quizá no quepa hablar de un régimen económico matrimonial de separación de bienes, tanto porque el elemento central del régimen hasta la reforma de 1993 —las cargas del matrimonio— se trasladó ya entonces al régimen primario, como porque su regulación en el CF no presenta especificidad matrimonial. De la comparación con la regulación de la Ley de uniones estables de pareja (en adelante, LUEP), señaló que, si bien hay algunas diferencias, éstas no permiten calificar el régimen de separación como un régimen matrimonial. El ponente afirmó que, en esta materia, probable-

mente confluyen dos líneas legislativas muy diferentes que no han conseguido ser reformuladas en un sistema único; por un lado, la lógica del régimen de separación de bienes y, por otro, la protección de la vivienda familiar y de la mujer que se ha dedicado a la familia sin obtener unos ingresos durante el matrimonio. De esta forma, apuntó el profesor Delgado, se entienden mejor las referencias a la adquisición de la vivienda como gasto familiar o la presunción de donación del artículo 39 CF. En esta misma línea, el ponente situó también la exposición sobre la compensación económica que prevé el artículo 41 CF. En su opinión, es una opción de política legislativa muy respetable, al ser un correctivo de justicia al régimen pero, a su entender, contradictoria con otros principios del propio régimen de separación. En concreto, consideró un desacierto que la premisa de la compensación fuera el enriquecimiento injustificado, y que, por el contrario, hubiera sido una solución más adecuada que la mujer participara en las ganancias de su consorte. El profesor Delgado apuntó que el planteamiento del CF no permite usar ninguna técnica de enriquecimiento injustificado. En su opinión, la compensación cabría en pocos casos si se aplicara la técnica del enriquecimiento por prestación de trabajo; al ser el trabajo en el hogar algo debido, el enriquecimiento debería limitarse al exceso de lo debido y, además, en la medida que la causa del enriquecimiento fuera la dedicación a la casa. También en relación al artículo 41 CF, consideró poco acertado tratar de forma conjunta el trabajo en el hogar —que es un deber de los cónyuges— y la colaboración de un cónyuge en la empresa del otro, que en ningún caso puede ser una exigencia del uno al otro.

En el análisis que realizó del régimen de participación en las ganancias del CF, el Dr. Morales Moreno destacó algunos de sus rasgos característicos y la problemática que puede suponer su aplicación al tratarse de una regulación puramente contable y no sustantiva. Con carácter general, señaló que los factores de complejidad que éste ha introducido probablemente disuadan de su pacto. En relación a la determinación del pasivo (art. 56 CF) apuntó, como ejemplo, que aunque se permite no tomar en cuenta las pérdidas de patrimonio propio, lo que consideró equilibrado y coherente con el hecho de que las plusvalías no constituyan ganancia en este régimen, sin embargo, este equilibrio se rompe cuando, siguiendo la literalidad de la norma, un bien que se ha perdido parcialmente debe incluirse en el pasivo y valorarse según su estado inicial. Puso de manifiesto otras consecuencias imprevisibles, como las que podían derivarse de incluir en el pasivo las deudas contraídas por un cónyuge con vistas al mantenimiento de los gastos familiares; así, cuando las deudas se han pagado con bienes ganados y los deberes de aportación de ambos cónyuges no son iguales, entendió el ponente que debería hacerse una redistribución con arreglo a este concepto. En esta línea, también criticó que, en la determinación del activo (art. 55 CF), se hayan incluido los bienes fraudulentamente enajenados y los bienes donados, sin diferenciar si esos bienes son propios o ganados. En este sentido, apuntó que el régimen

francés excluye, en estos casos, los bienes propios. Finalmente, criticó la norma del artículo 54.2 CF, que ha bloqueado los poderes de disposición de los cónyuges en el momento más conflictivo del régimen, desde su extinción hasta la determinación del crédito; entendió que esta disposición es contraria a la autonomía y la libertad, propias del régimen de participación.

En su intervención, titulada «el contrato de matrimonio», el Dr. Salvador Coderch aplicó la teoría general del contrato a la relación matrimonial. El profesor Salvador Coderch, al inicio de su exposición, afirmó que el matrimonio es más que un contrato, pero que también es un contrato, y que presenta algunas características notables respecto a otras relaciones jurídicas derivadas del acuerdo de voluntades: el cumplimiento de los deberes que comporta presupone una actitud espiritual o psicológica de compromiso personal; el conjunto de deberes que implica es prácticamente infinito –y, por tanto, éstos son difíciles de establecer en un cuerpo legal–; y algunas de las expectativas que genera este contrato son universales y no puramente culturales. El ponente destacó que la inversión en la primera ganancia instrumental del matrimonio –los hijos– es asimétrica en el hombre y la mujer; la realizada por la mujer es mucho más elevada que la llevada a cabo por el marido. De ahí que la parte más fácilmente perjudicable en el contrato de matrimonio sea la mujer y que se deban buscar soluciones para eliminar o, al menos, paliar esas asimetrías que han de partir de la especificidad de la relación matrimonial que no admite ejecución forzosa *in natura*. En este sentido, el ponente señaló cuáles han sido las soluciones arbitradas: la dote, hoy en día inviable en una sociedad igualitaria, y los hijos que, en palabras del ponente, son objeto de negociación en las crisis matrimoniales. Apuntó también que, como alternativa, la mujer cada vez invierte menos en el matrimonio: tiene menos hijos y trabaja menos en el hogar. Además, frente a estos criterios informales, el profesor Salvador Coderch destacó dos grandes bloques de criterios jurídicos: los contractuales y los remedios legales. Respecto a los primeros, puso de relieve que su problema consiste en que precisamente las mujeres más necesitadas de protección en el momento de la disolución del matrimonio no acuden a este tipo de pactos. En cuanto a los criterios legales –repudio, divorcio por mutuo consentimiento y matrimonio indisoluble–, puso de manifiesto que el primero perjudica seriamente a las mujeres, pues ellas son las que realizan más inversiones específicas en el contrato matrimonial y quedan a merced del marido que no realiza este tipo de inversiones; las restantes soluciones legales permiten situar a ambas partes en una posición de ventaja. Sin embargo, son problemáticas ya que, en el contrato de matrimonio, no cabe ejecución forzosa *in natura*. Por último, señaló las dos soluciones por las que ha optado el legislador catalán; por un lado, ha establecido un régimen legal subsidiario que da razón de las asimetrías y, por otro lado, ha previsto la posibilidad de que los tribunales establezcan el reparto de la propiedad y de los flujos de las pensiones y de los alimentos en función de las cuasi



rentas perdidas por el cónyuge que ha invertido más. El profesor Salvador Coderch se manifestó partidario de establecer soluciones legales que enmarquen los límites de la autonomía privada y, en cambio, criticó la tendencia reciente del legislador favorable a judicializar la resolución de estas cuestiones, aunque señaló que, de todas formas, dado que la relación matrimonial es una relación a largo plazo, la intervención judicial es inevitable.

En la tercera ponencia, «Efectos comunes de la nulidad, la separación y el divorcio», se abordó una materia que constituye una novedad dentro de la legislación catalana, que se introdujo en el texto legal en la fase de enmiendas. Intervinieron en la ponencia el Sr. Francisco Vega Sala, abogado; la Dra. Encarna Roca Trias, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, y el Dr. Michele Sesta, catedrático de Derecho Privado de la Universidad de Bolonia.

El Sr. Vega Sala destacó, en primer lugar, los problemas de derecho interregional que en esta materia se pueden plantear y que deben solucionarse con los criterios que marcan los artículos 9, 16 y 107 CC. En cuanto a la conflictividad procesal de determinar la vecindad civil en el proceso matrimonial, el ponente abogó por que los Jueces resuelvan esta cuestión en el proceso matrimonial sólo a efectos de la sentencia, por razones de economía procesal. Posteriormente, analizó el artículo 76 CF que establece los aspectos que deben ser objeto de regulación en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial y valoró positivamente que la regulación sea común. En relación a la atribución de la guarda y custodia de los hijos, puso de manifiesto los problemas que podrían suscitarse por la limitación de los derechos que se han otorgado al cónyuge que la tiene atribuida. Consideró un buen criterio para la atribución del uso de la vivienda el que ha previsto el CF, que consiste en atribuirla preferentemente –y no necesariamente, como en el CC– al cónyuge con el que permanecen los hijos. Sin embargo, apuntó que puede causar problemas la alusión, en esta sede, a la atribución de otras viviendas. En cuanto a la mención que hace el artículo 76 CF tanto a los alimentos como a la contribución a las cargas, interpretó que la referencia a las cargas parece limitarse a la adquisición de la vivienda de titularidad conjunta, ya que el resto de los aspectos que el artículo 4 CF considera como cargas están ya contenidos en el concepto de alimentos. El ponente señaló que, con esta interpretación, se podría pretender la atribución de dos peticiones diferentes: la de alimentos y la de los gastos familiares. Por último, hizo referencia a la posibilidad de pacto capitular cuyo contenido, en su opinión, debería limitarse a temas de régimen económico o sucesorios.

La intervención de la Dra. Roca Trias giró en torno a la pensión compensatoria, regulada en los artículos 84, 85 y 86 CF. Señaló que la regulación catalana responde a un sistema combinado de protección de los cónyuges después de la crisis matrimonial: por un lado, se ha previsto la liquidación del régimen económico matrimonial y, por otro, se ha admitido la posibilidad de solicitar la pensión compensatoria, cuya función es

compensar el perjuicio que causa el divorcio, pero no nivelar patrimonios. En este sentido, la profesora Roca Trias destacó que la fijación de la pensión compensatoria no procede siempre, si no sólo después de la liquidación del régimen económico, si por esta vía no se hubiera eliminado el perjuicio económico, e hizo referencia a la reciente Sentencia TSJ Catalunya de 31 de octubre de 1998 que ha establecido la subsidiariedad de la pensión compensatoria respecto a la liquidación del régimen económico. Destacó tres características del derecho de la pensión compensatoria del CF. En primer lugar, afirmó que se trata de un derecho personalísimo y voluntario. En segundo lugar, aclaró que no es un derecho de alimentos y fundamentó esta interpretación en la diferencia de parámetros en la fijación de la cuantía a los que alude la regulación de alimentos en el CF –necesidades del alimentado, posibilidades del deudor– y la regulación de la pensión compensatoria que hace referencia al parámetro del nivel de vida mantenido en el matrimonio. Asimismo, señaló que es diferente el momento que hay que tomar en cuenta para determinar la cuantía; mientras que, para la fijación de la pensión compensatoria, hay que atender al momento de la separación o el divorcio, para los alimentos pueden tomarse también en cuenta las necesidades posteriores, que darán derecho a reclamarlos a los que sean alimentantes según el CF. Como tercera característica, afirmó que regía, respecto a la pensión compensatoria, el principio procesal de rogación. Respecto a las medidas para garantizar el pago de la pensión y las bases para su actualización, la ponente criticó la redacción del artículo 84.4 CF, que parece exigir siempre la petición de parte; la ponente entendió que el Juez de oficio sí puede fijar bases de actualización. Respecto al pago de la pensión, señaló que los sistemas de sustitución del mismo que se han recogido el artículo 85 CF no son los únicos válidos, y que las partes podrían pactar otros sistemas que el Juez debería homologar si no causarían perjuicio. Al término de su intervención, la Dra. Roca Trias hizo referencia a la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación del artículo 41 CF y señaló, respecto a esta última, que se trata de una indemnización que debe calcularse según los criterios del enriquecimiento injusto, pero que no se trata de un enriquecimiento injusto *per se*.

El profesor Michele Sesta realizó un estudio comparativo entre el Ordenamiento italiano y el catalán. En su opinión, el CF tiene como objetivo la protección de los derechos individuales dentro de la familia, lo que se manifiesta, por ejemplo en la protección de la mujer o en el derecho de los menores a ser oídos. Respecto al régimen primario del matrimonio, puso de manifiesto el acierto, a su entender, de la regla de la responsabilidad solidaria de los cónyuges frente a deudas familiares, inexistente en el Ordenamiento italiano, aunque la jurisprudencia, y parte de la doctrina, tienden a buscar esta solución mediante una interpretación de la regla del Código civil italiano relativa a la dirección de la familia. También consideró positiva la norma del CF que ha previsto la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges en la disposición de derechos

sobre la vivienda familiar, como medida de garantía del cónyuge más débil. En relación al régimen económico matrimonial, el ponente explicó que el sistema tradicional italiano era muy similar al catalán: separación de bienes con dote; y que el legislador en 1975 optó por fijar el régimen de comunidad de adquisiciones como legal supletorio para facilitar que la inversiones que realiza la mujer en el seno de la familia obtuvieran un reconocimiento, también en términos patrimoniales, en el momento de la crisis. En este sentido, el ponente señaló que le parecía más acertada la opción del legislador catalán de mantener el régimen de separación de bienes con el correctivo de la compensación del artículo 41 CF o, en su defecto, recurrir al régimen de participación en las ganancias, por tratarse de sistemas ágiles. En esta línea, apuntó la situación actual de crisis del régimen legal italiano, por la infinidad de litigios que genera la división de la comunidad y por las dificultades de su gestión. Le pareció criticable la regla de la presunción de donación en las adquisiciones entre cónyuges, ya que, en su opinión, trasladar la carga de la prueba de la onerosidad al cónyuge adquirente favorece en exceso a los acreedores. Finalmente, señaló dos aspectos de la legislación catalana a su entender especialmente relevantes; por un lado, el valor que se ha dado a la autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales que puede sustituir la determinación judicial –por ejemplo, en la proposición del convenio regulador–, posibilidad limitada, en el Ordenamiento italiano, a la separación matrimonial; y, por otro, la futura regulación en Cataluña de la mediación familiar, que en Italia ha encontrado una fuerte oposición.

En la cuarta ponencia, «Filiación y adopción», intervinieron el Dr. Francisco Rivero Hernández, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, y la Dra. M. del Carmen Gete-Alonso Calera, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

El profesor Rivero inició su exposición señalando que la regulación de la filiación en el CF responde, en términos generales, a los mismos principios que la legislación anterior. Se refirió inicialmente a la modificación del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación por el marido, de la paternidad matrimonial. El CF ha establecido un plazo de dos años, a contar desde la fecha en que el marido conoce el nacimiento, o desde la fecha en que descubre las pruebas en las que fundamenta su impugnación (art. 106 CF), modificando así la legislación anterior, que establecía un término de un año a contar desde que el marido conocía el nacimiento y que dio lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, todavía sin resolver. El ponente criticó que el CF haya establecido que el cómputo del plazo se inicia a partir de la fecha en que el impugnante tiene conocimiento de los hechos en los que ha de basar su impugnación, en tanto que supone, de hecho, desvirtuar la figura de la caducidad y por tanto poner en peligro la estabilidad del estado civil y la seguridad jurídica. Señaló como más conveniente, la solución que adoptan los Códigos alemán y suizo que, además de plazos de caducidad, señalan un tope temporal máximo para el ejercicio de la acción. Aludió también a la introduc-

ción de una norma relativa a la determinación de la maternidad, según la cual la filiación por naturaleza, en relación a la madre, resulta del nacimiento (art. 87.2 CF), y la calificó de muy acertada. De esta forma, según el ponente, no serán de aplicación en Cataluña las disposiciones de la legislación registral que permiten a la madre por diversas vías, decidir si quiere o no establecer con su hijo una relación de filiación que calificó de inconstitucionales. A lo largo de su intervención, el ponente llamó la atención sobre la utilización, por parte del legislador, de términos y expresiones que no tienen un significado claro en el lenguaje jurídico y que podrían causar problemas al intérprete: entre ellos, las expresiones «se tiene por hijos del marido», «tienen la condición de matrimoniales» y «persona encargada del registro civil». Asimismo, criticó la utilización de términos demasiado abiertos como «paternidad más verosímil» o «probabilidad parecida», en la norma que ha recogido la *exceptio plurium concubentium* (art. 101.2 CF). Lamentó que se hubiera desaprovechado una oportunidad para abordar la cuestión sobre el reconocimiento del *nasciturus*, que no han resuelto ni el CF ni el CC, que impiden al reconocedor identificar al otro progenitor, a no ser que la filiación respecto a éste esté ya legalmente determinada (art. 93.2 CF). A su juicio, debería haberse introducido una salvedad a esta norma para el supuesto del *nasciturus*, a quien resulta imposible reconocer sin identificar a la madre. En cuanto a la presunción de paternidad extramatrimonial, el ponente criticó la fórmula del CF, según la cual se presume padre al hombre que hubiera convivido con la madre en el período legal de concepción (art. 94 CF). Esta norma puede plantear, según indicó, la duda sobre el tipo de convivencia que contempla, lo que no sucedía en la legislación anterior, que se refería al hombre que tuvo relaciones con la madre. Finalmente, en materia de acciones de filiación, se refirió, entre otras cuestiones, a legitimación pasiva, que en su opinión se ha regulado de manera defectuosa, por cuanto no se exige que estén presentes en el proceso el padre, la madre y el hijo, de forma que es legalmente posible que alguno de éstos no sea llamado (art. 99 CF).

La Dra. M. Carmen Gete-Alonso, centró su exposición sobre la adopción en el comentario de aquellos aspectos en los que el CF ha introducido modificaciones o novedades, si bien señaló que la regulación es muy parecida a la anterior, ya que responde a los mismos principios básicos. En primer lugar, la ponente criticó que se haya optado por separar el tratamiento del acogimiento de menores del de la adopción y señaló que, en el aspecto formal, la regulación del CF es engorrosa y muy reglamentista. En relación a la posibilidad de adoptar, señaló la novedad que ha supuesto la configuración como temporales de las prohibiciones de privación de la potestad o remoción de un cargo tutelar (art. 116 CF). En cuanto a la diferencia de edad que ha de existir entre adoptante y adoptado, lamentó que se haya desaprovechado la oportunidad de establecer alguna precisión, especialmente en los supuestos de adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja y de los mayores de edad o emancipados, en aras a flexibilizar

la exigencia de este requisito [115.1.b) CF]. Respecto a los requisitos para la adopción de mayores de edad o emancipados, se ha mantenido en el CF la exigencia de que la convivencia entre adoptante y adoptado se inicie antes de los catorce años, pero con el requisito adicional de que continúe después (art. 117.2 CF). La ponente cuestionó la necesidad de este requisito ya que, a estos efectos, la convivencia relevante es la que tuvo lugar durante la minoría del niño. En materia de constitución de la adopción, el CF exige que el consentimiento y el asentimiento se presten siempre ante autoridad judicial (arts. 121 y 122.2 CF), en un procedimiento que puede iniciarse bien a propuesta del organismo competente o bien directamente a propuesta del adoptante (art. 120). La nueva regulación requiere, acertadamente según la profesora Gete-Alonso, que sean escuchados los padres del adoptado mayor de edad y también todas las personas cuyo asentimiento no es necesario (art. 123 CF). En este último grupo entrarían, en su opinión, el cónyuge del adoptante no separado judicialmente o de hecho, o los hijos del adoptado. En cuanto a los efectos de la filiación adoptiva, señaló que son los mismos que los de la filiación por naturaleza (arts. 113 y 127 CF) y destacó la introducción de una regla de conservación del parentesco, en caso de adopción del pariente hasta el cuarto grado (art. 127.2 CF). En el curso del debate se puso de manifiesto la falta de concordancia entre el CF y la LUEP, en tanto que según el CF pueden adoptar las parejas de hombre y mujer que convivan maritalmente de forma estable (art. 115.2 CF), sin que se exija que constituyan una *unión estable* tal y como la define la LUEP.

En la quinta ponencia, «La potestad del padre y de la madre», intervinieron el Dr. Antoni Mirambell i Abancó, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, y el Dr. Josep Ferrer i Riba, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra.

El profesor Mirambell abordó en su ponencia los aspectos patrimoniales de la regulación de la potestad del padre y de la madre en el CF, que calificó de continuista y excesivamente reglamentista. Según el ponente, la estructura de la legislación vigente, basada en la dualidad emancipación y mayoría de edad, está en crisis y habría que revisar el sistema para establecer la atribución *ex lege* de capacidad de obrar a partir de los 16 años, con restricciones en materia de actos de trascendencia patrimonial, para los cuales se exigiría un complemento de capacidad. Se refirió en primer lugar a la representación y en segundo lugar a la administración. Los titulares de la potestad son los representantes legales del menor (art. 155 CF), excepto en relación a los bienes adquiridos por el hijo de más de 16 años con su actividad que produzca beneficio, en relación con los que deberá actuar como si fuese emancipado [art. 149.c) CF]. Los actos que impliquen alguna prestación personal del hijo, requieren su consentimiento si tiene 12 años o más, o si tiene menos de 12 años pero tiene juicio suficiente (art. 156 CF). La administración de los bienes de los hijos constituye un deber de los padres, que han de actuar con la diligencia de un buen administrador, que, como señaló el ponente,

es la misma que se exige al tutor (art. 145.1 CF). La iniciativa para la realización de actos jurídicos corresponde a los titulares de la potestad, si bien está sometida a control judicial en algunos supuestos, que el CF enumera en una lista que el profesor Mirambell calificó de excesivamente descriptiva, a pesar de lo cual no llega a ser exhaustiva (art. 151 CF). Según el ponente, hubiese sido preferible utilizar un criterio más genérico, como el del artículo 10 de Ley de mayoría y habilitación de edad de la Generalitat Republicana de 1934, que exigía autorización judicial para enajenar derechos y bienes que constituían su capital, o para gravarlos o extinguirlos. Se consideraban, a estos efectos, capital del menor, los inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales, derechos reales, valores mobiliarios, participaciones en sociedades, objetos de arte o preciosos y los créditos. Finalmente, y como cláusula de cierre, la ley se refería, en general, a todo lo que no fueran productos de rentas, frutos y salarios. En cuanto a las consecuencias de la realización de estos actos sin la autorización precisa, el ponente explicó que no se trata, a su juicio, de actos anulables sino ineficaces por falta de legitimación. Apuntó a continuación que se ha suprimido, con acierto, la necesidad de autorización judicial para enajenar los derechos de suscripción preferente de acciones y criticó la referencia a los arrendamientos por término superior a quince años, ya que, por un lado, constituyen a su juicio actos de administración y por otro, el plazo aludido no se ajusta a la legislación sobre arrendamientos. Finalmente, en cuanto al deber de los hijos de contribuir a los gastos familiares, apuntó que se trata de una norma de régimen económico matrimonial que se encuentra en sede de potestad, ya que resulta de la supresión del usufructo de los padres (art. 146 CF).

El Dr. Josep Ferrer dedicó su intervención a la regulación del ejercicio de la potestad por los padres separados, en su aspecto personal. Expuso, en primer lugar, los posibles sistemas de asignación del ejercicio de la potestad a los padres separados que ha previsto el CF. Un primer sistema, de asignación voluntaria por los propios padres en escritura pública (art. 139.1 CF) y un segundo sistema, de asignación judicial, para el caso de que no lleguen a un acuerdo (art. 139.2 CF). El ponente puso de relieve que la norma no ha previsto una modalidad de asignación por defecto para el caso de que no haya acuerdo, si ninguno de los progenitores recurriera al Juez y apuntó que, en este supuesto, habrá que aplicar supletoriamente la regla general de ejercicio conjunto, o con el consentimiento expreso o tácito del otro y con posibilidad de actuación solidaria (art. 137 CF). A juicio del ponente, se trata de una consecuencia relativamente insólita en el derecho comparado, que resulta bastante exigente para los padres que, por encima de sus diferencias personales, deberán intentar ponerse de acuerdo en las decisiones que inciden de manera importante en el cuidado, educación y formación de sus hijos. Según el ponente se trata de una regla controvertida que debería haber sido formulada expresamente para evitar que dé lugar a dudas. Respecto a la asignación voluntaria, señaló que la fuerza vinculante de los acuerdos entre los padres será

distinta si se incorporan a un convenio regulador aprobado judicialmente (arts. 76 a 78 CF) o si se formalizan en escritura pública. En este último caso, los acuerdos son revocables unilateralmente en cualquier momento y sin necesidad de justificación. Señaló que hubiera sido oportuno impedir la posibilidad de revocación unilateral, salvo que las circunstancias hubieran cambiado sustancialmente o que pudiera acreditarse algún perjuicio para el hijo, con la finalidad de incrementar su fuerza obligatoria. Alternativamente, si parecía demasiado arriesgado admitir este tipo de vinculación, dada la falta de homologación de los pactos notariales, opinó que debería haberse permitido que los padres, aún los no casados, pudieran pactar sobre el ejercicio de la potestad en convenio aprobado judicialmente. El objeto de los acuerdos se ha limitado en el CF a la posibilidad de pactar, bien el ejercicio conjunto, bien el ejercicio por uno de los progenitores por delegación del otro, bien el ejercicio por ambos con distribución de funciones, así como, específicamente, sobre la guarda. Es cuestionable, según el ponente, que pueda pactarse la atribución del ejercicio exclusivo a uno de los dos progenitores, y manifestó que, en la duda, debería admitirse. En cuanto al reconocimiento a los progenitores de la facultad de conferirse consentimientos generales o especiales con la finalidad de facilitar el ejercicio de la potestad (art. 142 CF), el ponente opinó que se trata de una regla superflua y articulada con una técnica jurídica muy deficiente, por cuanto exige la aceptación fehaciente del progenitor destinatario del apoderamiento y la constancia en escritura pública para su validez. Se refirió a las restricciones al ejercicio unilateral de la potestad, en materia de cambio de domicilio y tipo de educación (art. 139.4 CF), que calificó de razonables, si bien añadió que debería haberse concretado más su naturaleza imperativa o dispositiva en el caso de que el pacto de los padres hubiera tenido lugar en convenio regulador o escritura pública. Finalmente apuntó que la extensión de estas cautelas a los actos de disposición patrimonial que excedan de lo necesario para atender las necesidades ordinarias del hijo es excesiva, difícil de aplicar con efectividad y perturbadora para el tráfico.

La sexta ponencia, «Tutela e instituciones tutelares», corrió a cargo del Sr. Josep M. Puig Salellas, notario, y de la Dra. Anna Casanovas i Mussons, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

El Sr. Puig Salellas trató, en su exposición, de la regulación de la tutela y demás instituciones tutelares. Afirmó, en primer lugar, que la regulación del CF se ha basado en su precedente, la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, si bien presenta algunas novedades, entre las cuales destacó la limitación del número de tutores a dos, la supresión de la figura del protutor y la introducción del consejo de tutela. Añadió que la regulación de la institución es, en el CF, más cuidada que la anterior, virtud que se pone de relieve en los aspectos patrimoniales y particularmente en la regulación de la figura del administrador patrimonial, a la cual ya aludía, si bien de forma insuficiente. El ponente examinó la legislación vigente, partiendo de tres ideas fundamentales. En

primer lugar, señaló que se ha mantenido la distinción entre tutela como institución de protección de persona y bienes, y la curatela, como limitada a la protección en el aspecto patrimonial (arts. 170 y 237 CF), si bien, a su juicio, esta última ha quedado desfigurada debido al mantenimiento innecesario del defensor judicial (arts. 247 a 250 CF), extraña a la tradición catalana y que impide dar un tratamiento unitario de la figura del curador. En segundo lugar, se ha mantenido el carácter judicial tanto de la constitución como de la extinción de los cargos tutelares, si bien la delación puede ser voluntaria o dativa. Es voluntaria en los supuestos de autotutela o autocuratela, y también en el de designación de tutor o curador por los padres en escritura pública o testamento. Señaló que se ha mantenido, como regla general, el control judicial de la tutela, si bien se ha introducido la posibilidad de control privado mediante el consejo de tutela (arts. 226 a 236 CF). En tercer lugar, destacó que se han tratado detalladamente los aspectos patrimoniales de la tutela, especialmente la figura del administrador patrimonial, que puede asumir la faceta patrimonial del contenido de la tutela y que ha alcanzado gran relieve en el CF.

La profesora Anna Casanovas dedicó su ponencia a la regulación del consejo de tutela en el CF, que inició con una referencia a la introducción del consejo en la legislación catalana, que responde a la idea de reforzar el sistema de tutela familiar, que adoptó la legislación anterior y también al propósito de aligerar las tareas del Juez en aquellas materias que se pueden resolver en el seno de la familia. La ponente destacó el carácter voluntario del consejo, en tanto que se trata de una institución que puede establecerse en los supuestos de autotutela y de tutela deferida por el padre y la madre (art. 226 CF). En cuanto a su composición, explicó que integran el consejo un máximo de cinco y un mínimo de tres miembros, que toman sus decisiones por mayoría simple de presentes (arts. 227.1 y 233 CF). La designación corresponde a quienes decidieron sobre la existencia del consejo, si bien el nombramiento debe hacerlo el Juez. A falta de designación voluntaria, será también el Juez quien designe a los miembros del consejo de entre las personas que la ley prefiere para el cargo de tutor (arts. 227.2 y 3 y 228 CF). En cuanto al régimen jurídico del cargo de miembro del consejo, explicó que la Ley remite a la regulación de los demás cargos tutelares (art. 229 CF), y, respecto a sus atribuciones, que al consejo corresponde, según el artículo 234 CF, la función genérica de velar por el correcto desarrollo de la tutela. Finalmente, destacó que su función más importante es la de otorgar autorización al tutor para aquellos actos en que la ley lo determina.

En la séptima ponencia, «Alimentos entre parientes», intervinieron el Dr. Ferrán Badosa Coll, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona y el Dr. Joan Egea Fernández, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra.

El Dr. Badosa señaló tres aspectos relevantes de la obligación de alimentos: el concepto de necesidad, la financiación de los alimentos y su gestión. Centró su intervención en el aspecto que consideró más impor-



tante, el de la financiación de los alimentos y dedicó una breve atención al concepto de necesidad en la legislación catalana. En cuanto a la gestión de los alimentos, puso de manifiesto, con algunos ejemplos, que no siempre hay coincidencia entre los obligados a financiar y los que gestionan los alimentos, y destacó que la financiación de esas necesidades es la que hace surgir la obligación de alimentos y que la cuantía que debe financiarse es variable. Enumeró los tres sistemas de financiación de alimentos que ha previsto la legislación catalana: financiación autónoma, conjunta y como relación obligatoria. El primero es el más evidente, e implica que cada persona debe preocuparse de financiar sus propias necesidades. Afirmó que el segundo sistema se da respecto a las cargas del matrimonio, o a los gastos comunes de la pareja de hecho, y que, en este sistema, los gastos y los destinatarios –que no necesariamente coinciden con los que tienen la obligación de aportar– son siempre indeterminados. La financiación como relación obligacional entre acreedor y deudor se fundamenta en una relación de carácter personal y recíproca. El ponente planteó el problema que suscita que la reclamación de alimentos deba realizarse en primer lugar al cónyuge (art. 263 CF) y destacó que, entre los cónyuges, difícilmente puede entenderse que se da, en estos casos, una relación obligatoria unilateral de alimentos. Durante el funcionamiento normal del matrimonio no hay alimentos, sino el sistema de financiación que se concreta en el deber conjunto de contribuir. Señaló que, por tanto, el único momento en que podría plantearse una relación obligatoria de alimentos entre cónyuges sería en las situaciones de crisis del matrimonio y afirmó que, en la regulación de esta materia, el CF menciona tanto la contribución a cargas, respecto a las que remitió al sistema de contribución conjunta, como los alimentos entre cónyuges, junto con la pensión compensatoria, entre las medidas que se han de regular en el momento de la nulidad, separación o divorcio (art. 76.3 CF). En este sentido, interpretó que, en última instancia, también esta referencia debe quedar absorbida dentro de la idea de gastos familiares con su sistema de financiación contributivo.

La intervención del Dr. Joan Egea Fernández, versó sobre la obligación civil de alimentos y las prestaciones asistenciales públicas. Al inicio de su exposición destacó que la relación de alimentos, tradicionalmente, se ha concebido como una relación jurídica de naturaleza eminentemente privada, y así se sigue configurando, en sus rasgos fundamentales, por el CF. El ponente puso de manifiesto que el CF también ha tenido en cuenta, sin embargo, que las relaciones alimenticias, hoy en día, son reflejo de un proceso de socialización que ha ido paralelo a un cierto declinar de la solidaridad familiar, en la medida que ésta no puede alcanzar, mediante la prestación directa, la satisfacción, en todos los casos, de las necesidades de las personas del entorno familiar. En este sentido, los poderes públicos han asumido un destacado protagonismo con la prestación directa de determinados servicios de atención y con el reconocimiento de pensiones asistenciales a los más necesitados, a los que no se les puede negar una

auténtica naturaleza alimenticia. A esta realidad responden los artículos 261 y 269 CF. El ponente destacó que el CF ha reflejado estas dos manifestaciones de la obligación de alimentos, por un lado, la que denominó acción clásica entre alimentante (deudor) y alimentado (acreedor), y, por otro, indirectamente, la que configuró como una acción de aquellos que, sin tener la obligación de prestar alimentos, al hacerlo, devienen titulares de un crédito, derivado, normalmente, de los gastos originados por el internamiento en centros especializados o de los auxilios prestados por aquellos terceros en el propio domicilio del alimentado, gastos que no son atendidos por los deudores de los alimentos. Destacó que el artículo 261 CF ha reforzado la posición de las entidades que prestan alimentos, en la medida que ha legitimado directamente a la entidad pública o privada para reclamarlos al obligado, con independencia de la actitud que adopte la persona necesitada y que recibe la atención de la entidad pública o privada. Enumeró los presupuestos de esta acción de repetición que, de acuerdo con el artículo 269 CF, son: *a)* Que se haya constituido la relación jurídica obligatoria de alimentos. *b)* Que la persona o personas obligadas a prestar alimentos no lo hagan. *c)* Que un tercero preste los alimentos. *d)* Que la prestación de alimentos, por los no obligados, no se haga desinteresadamente y sin ánimo de reclamarlos. El ponente puso de relieve que la acción de repetición tiene como límite cuantitativo el que corresponda a la cuantía de los alimentos debidos y no el del gasto efectivamente realizado por el actor. En cuanto al alcance temporal de la acción, señaló que se ha limitado a las pensiones correspondientes al año en curso y al anterior, con los intereses legales. Respecto a la legitimación, remarcó que cualquier persona, física o jurídica que preste alimentos cuando el obligado no lo haga puede interponer la acción de repetición. No está legitimado, en cambio, el Fiscal, a menos que se trate de menores de edad o de mayores incapacitados. El ponente afirmó que el Fiscal tampoco estará legitimado, con carácter general, pese a la referencia expresa del artículo 269.2 CF, para solicitar del Juez la adopción de las medidas que estime convenientes para asegurar el reintegro de los anticipos o el pago de los alimentos futuros. En este caso, interpretó que la referencia al Ministerio Fiscal se ha de entender concretada a los supuestos previstos en su estatuto orgánico.

En la octava ponencia, «Parejas de hecho», intervinieron el Dr. Miquel Martín i Casals, catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Girona, y el Dr. Fernando Pantaleón Prieto, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

El profesor Martín inició su exposición refiriéndose a la regulación de la pareja heterosexual. En la definición que la Ley hace de la misma pueden distinguirse, según el ponente, dos modelos, uno basado en la convivencia y otro basado en la manifestación formal de voluntad (art. 1 LUEP). El primero es el que se fundamenta en la convivencia marital durante dos años ininterrumpidos o bien, en la existencia de descendencia común si los padres conviven. El segundo parte de la declaración en

escritura pública, de la voluntad de acogerse a la Ley. Se trata, en su opinión, de dos modelos incompatibles entre sí y, por tanto, resulta criticable que la LUEP les haya atribuido idénticos efectos legales. En relación al primer modelo, comentó que el legislador debería haber tenido en cuenta que su regulación podría vulnerar el aspecto negativo de la libertad matrimonial de los convivientes y que los efectos de este modelo deberían haberse limitado a paliar los perjuicios que, como consecuencia de la convivencia, pudiera sufrir el miembro débil de la pareja o como consecuencia del cese de la convivencia en vida de ambos o por muerte de alguno de ellos. La LUEP, sin embargo, ha creado un *status* paramatrimonial, que supone limitación de derechos e imposición de deberes durante la convivencia, difícilmente justificables, ya que la unión se constituye al margen de la voluntad de los convivientes. El segundo modelo, en su opinión, no plantea objeciones en lo que respeta a la libertad matrimonial de los convivientes, ya que se constituye por su voluntad y el único problema es que podría constituir un matrimonio de segunda clase. El profesor Martín explicó que la Ley está creando ya en los operadores jurídicos la sensación de que se ha regulado una relación parecida a la matrimonial, de forma incompleta, y se plantean la duda sobre la posibilidad de recurrir a la analogía con el matrimonio para integrar aquello que el legislador sólo ha previsto en parte. El ponente comentó a continuación algunas disposiciones concretas de la Ley, como la que regula la guarda de los hijos y el régimen de visitas para el caso de ruptura de la unión (art. 15 LUEP), que no requería, a su juicio, un tratamiento específico para las uniones estables ya que podía resolverse con la normativa general sobre potestad del CF (arts. 132 ss.). No hay en la LUEP una norma específica sobre atribución del uso de la vivienda familiar y, en esta materia, el ponente rechazó la posibilidad de aplicar analógicamente la norma del CF, por dos razones. La primera es que, en su opinión, no hay por qué hacer coincidir el régimen jurídico de las parejas con el del matrimonio, en tanto que se trata de dos realidades distintas. La segunda es que no dar esa protección a las parejas que no se casan es una opción del legislador. La cuestión es distinta en el caso de que hubiera hijos aunque, según el ponente, tampoco cabría aplicar aquí analógicamente el CF, sino que debería resolverse con base en el principio general de protección del menor. El profesor Martín aludió a continuación a los requisitos personales que se exigen para poder formar parte de una unión estable, materia en la cual la Ley presenta, a su juicio, defectos técnicos graves. Para la unión homosexual, la LUEP enumera una serie de circunstancias que impiden constituirla, y para la heterosexual, en cambio, se remite a los impedimentos matrimoniales (arts. 1 y 20 LUEP). En cuanto a los impedimentos, el ponente señaló que la Ley no se puede referir al de edad, por cuanto el concepto legal de unión estable alude sólo a los mayores de edad; tampoco parece posible, según el profesor Martín, aplicar a la unión las normas del CC sobre dispensas, ya que la LUEP no se remite a lo que, en materia de capacidad, allí se establece.

No constituye impedimento para constituir una unión heterosexual el hecho de formar parte de otra unión estable, homosexual o heterosexual no disuelta, pero esta misma convivencia impide, constituir una unión homosexual. El ponente criticó esta solución y añadió que una interpretación literal de la Ley llevaría a la admisión de la poligamia o poliandria simultánea de las parejas heterosexuales. El impedimento de muerte dolosa del cónyuge no aparece entre los impedimentos para constituir una unión homosexual, debido, probablemente, a un olvido del legislador, según apuntó el profesor Martín, quien afirmó, para terminar, que no se ve cuál puede ser la razón de política legislativa que justifica que tíos y sobrinas no puedan formar una unión heterosexual, pero sí una unión homosexual.

El profesor Pantaleón tituló su ponencia «Contra la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja». En primer lugar, el ponente criticó la propia existencia de una regulación orgánica de las parejas ya que, en su opinión, hubiera sido preferible introducir el supuesto de hecho de la convivencia sin matrimonio en aquellas normas de diferentes ramas del Ordenamiento en las que pareciera de justicia tener en cuenta estas situaciones. Éstas serían, según el ponente, las de seguridad social, las fiscales y las de función pública. Dado que el legislador catalán sólo tiene competencia respecto a esta última, debió limitarse a modificar esta materia, ya que la existencia de una regulación orgánica provoca el juicio *a contrario*, en el sentido de que no cabe la extensión analógica fuera de lo que la Ley establece. A juicio del ponente, si había que legislar algo además de esto, la única reforma razonable era permitir el matrimonio de homosexuales, que es, a su juicio, constitucionalmente posible, si bien la Constitución no les reconoce el derecho constitucional a casarse. En segundo, lugar el ponente aludió al requisito de la vecindad civil catalana de, como mínimo, uno de los miembros para que les resulte aplicable la Ley (art. 1.1 LUEP). Apuntó que se trata de una norma de dudosa constitucionalidad, en tanto que el Estado tiene reservada en exclusiva la competencia para legislar en materia de normas de conflicto (derecho internacional privado). Además, la opción por el estatuto personal provoca problemas, ya que para algunas de las materias que se intentan resolver funciona mejor el criterio territorial, y puso como ejemplo los beneficios frente a la administración, de los que no podrá gozar la pareja de funcionarios de la administración catalana si ninguno de ellos tiene vecindad civil catalana. Otro defecto importante de la Ley es, a juicio del ponente, su carácter imperativo. En su opinión, la regulación de las parejas de hecho debería ser dispositiva, a modo de modelo contractual al cual pudieran acogerse aquéllas que lo desearan. Según el profesor Pantaleón, la imperatividad de la Ley es, además, dudosamente constitucional, ya que atenta a la dignidad de la persona, a su autonomía y a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, y recordó que el respeto a las parejas que deciden convivir sin que la ley regule sus relaciones, es el argumento en el cual el Tribunal Constitucional fundamenta la no equiparación de la

pareja de hecho al matrimonio. Como consecuencia, a juicio del ponente, sólo deberán considerarse imperativas aquellas normas a las que el legislador ha otorgado expresamente este carácter. Criticó asimismo, que se haya regulado la situación de las parejas que, pudiendo, no quieren casarse y se haya dejado sin protección a las que, queriendo, no pueden hacerlo. La Ley no se aplica, por ejemplo, a la pareja que no puede casarse por que uno de sus miembros no ha disuelto un vínculo matrimonial previo, y se preguntó finalmente si tal vez la convivencia adulterina es de nuevo ilícita en Cataluña. El profesor Pantaleón aludió también a algunos preceptos en concreto, como por ejemplo el que, para el caso de cese de la convivencia, ha limitado el derecho a pensión al supuesto de que quien la solicita se encuentre en situación de necesidad [art. 14. a) LUEP]. Se trata, según el ponente, de una norma poco razonable en tanto que supone negar la pensión a uno de los convivientes, a pesar de que haya disminuido radicalmente su capacidad laboral en beneficio del otro, si conserva lo necesario para vivir. Más grave todavía le pareció que sólo se otorgue compensación al miembro de la pareja que ha cuidado de los hijos si está en situación de necesidad [art. 14 b) LUEP], lo cual supone, según el profesor Pantaleón, afirmar que el coste de oportunidad de cuidar de los hijos no es una carga común sino que sólo se comparte si hay problemas de sustento para quien los cuida. Finalmente, en cuanto a la regulación de la pareja homosexual, el ponente señaló que, una vez que se ha tomado la decisión de no permitirles el matrimonio, se trata de una cuestión difícil que el legislador catalán no ha resuelto adecuadamente. Puso el ejemplo de la atribución a estas parejas del derecho a legítima (art. 35 LUEP), solución que, a su juicio, no tiene mucho sentido si se entiende que la legítima es una compensación de los deberes del matrimonio, ya que la Ley no impone tales deberes a las uniones homosexuales. Sin embargo, se mostró favorable a la atribución a estas parejas de derechos en la sucesión intestada (art. 34 LUEP), que por naturaleza son dispositivos, y manifestó su duda sobre las razones que hayan podido justificar que no se atribuyan estos mismos derechos a las parejas heterosexuales. Tampoco en materia de beneficios respecto de la función pública queda claro cuál es el fundamento de las diferencias que se han establecido entre las uniones heterosexuales o homosexuales, en tanto que las primeras sólo podrán gozar de ellos si han convivido dos años, mientras que las segundas podrán disfrutarlos sin que se establezca un plazo mínimo de convivencia (arts. 9, 10 y 27 LUEP).

Las Jornadas se clausuraron con una mesa redonda en la que intervinieron representantes de los diferentes estamentos de la vida jurídica catalana.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**GÓMEZ CALLE, Esther:** *El contrato de viaje combinado*, ed. Civitas, Madrid, 1998, 354 pp.

1. *La Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados (LVC en adelante)*, responde a la obligación de transponer a nuestro ordenamiento la *Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados*. Es una ley que establece el régimen específico del contrato de viaje combinado en los distintos momentos que conforman el *iter* contractual: oferta, perfección y ejecución (art. 1.1 LVC).

1.1. Para que el *viaje* contratado tenga la calificación de *combinado* han de reunirse ciertos requisitos, objeto de análisis por la autora: *a)* El viaje ha de constar al menos de dos prestaciones o servicios principales. *b)* Tales prestaciones deben ofertarse coordinadas entre sí, como producto unitario y respondiendo a una previa organización realizada por la agencia de viajes. La autora destaca que esa previa coordinación se traduce, en el Derecho alemán [regula el contrato de viaje en los §§ 651 *a*) ss. BGB], en la ineficacia de las *cláusulas de mediación*: cláusulas que en ocasiones se insertan en los contratos y que presentan a la agencia de viaje como una mera intermediaria entre el consumidor y el prestador directo del servicio, cuando realmente parece fundado entender que las prestaciones ofrecidas entran bajo su responsabilidad. La LVC no menciona ese tipo de cláusulas, pero la autora considera que de la definición que el artículo 2.1 da del viaje combinado, puede extraerse la consecuencia de su ineficacia. Otra cuestión, también suscitada en Derecho alemán, es si a la oferta y contratación de *una sola prestación* pueden aplicárseles las normas del contrato de viaje combinado: la práctica muestra casos en los que se realiza una labor que excede de la simple mediación y en los que sólo se ofrece una prestación (*v. gr.*, alquiler de casas en período de vacaciones). La mayoría de la doctrina y jurisprudencia alemanas admiten la aplicación analógica de los §§ 651 *a*) ss. BGB, argumentando que lo importante del contrato de viaje es, precisamente, la labor de organización previa. Situándose en la LVC, la autora reconoce que no cabe su aplicación directa a los viajes de una única prestación (el art. 2 requiere dos prestaciones), pero considera razonable su aplicación analógica teniendo presente el argumento de la importancia de la coordinación previa hecha por la agencia de viajes. *c)* Suele ofrecerse el viaje combinado a cambio de un precio global (el art. 1.2 LVC admite que se presente desglosado). La mención del precio significa que el ámbito de aplicación de la LVC no incluye los viajes ofertados gratuitamente. *d)* Sólo es viaje combinado si dura más de veinticuatro horas o comprende al menos una pernoctación. Y *e)* Es indiferente que el viaje sea *turístico o de negocios*, así como que se desenvuelva en su totalidad fuera de la Unión Europea, pues lo importante es su comercialización dentro de sus fronteras.

1.2. Sobre los *sujetos* del contrato de viaje combinado, la autora alude sucesivamente al organizador, al detallista, al consumidor y al prestador directo del servicio. Señala que si el organizador «vende» directamente el viaje combi-

nado al consumidor, aquél será el único contratante de éste; pero si, además, hay un detallista, uno y otro forman parte del contrato con el consumidor. En cualquier caso nos encontramos ante supuestos de *responsabilidad contractual*. En cuanto a la noción de consumidor, la LVC (art. 2) básicamente se ha limitado a reproducir, si bien en distintos apartados, las definiciones que da la Directiva 90/314/CEE de contratante principal, beneficiario, cesionario y consumidor o usuario. Finalmente, la autora trata de los prestadores directos del servicio y se plantea si, teniendo en cuenta que el consumidor no ha contratado con ellos, tiene éste *legitimación para exigirles directamente el cumplimiento del servicio* cuando a ello se niegan (hecho que, por desgracia, se da con cierta frecuencia cuando se produce una insolvencia sobrevenida del organizador). Algunos autores y tribunales alemanes admiten la legitimación del consumidor al configurar el contrato entre organizador y prestador directo del servicio como en favor de tercero (el consumidor) y entendiéndolo que el prestador directo del servicio renuncia a oponer al consumidor las excepciones derivadas del contrato. Pero esta explicación, indica la autora, no suele ajustarse a la voluntad real de la partes, por lo que la doctrina alemana propone acudir a las normas de la responsabilidad extracontractual. Situándose en la LVC, la autora considera que ésta no da apoyo para configurar el contrato entre organizador y prestador directo del servicio como en favor del consumidor, quedando así los casos en que, efectivamente, se hubiera querido (algo improbable y reconducible a una cuestión de interpretación). A su entender, la responsabilidad del prestador directo del servicio frente al consumidor es extracontractual, pero, teniendo presente que sobre aquél recaen específicos deberes de cuidado, puede justificarse la aplicación de algunas normas de responsabilidad contractual, como los artículos 1104 y 1107 CC, o la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento.

1.3. Aunque, tal y como se expresan la LVC y la Directiva 90/314/CEE, parece que el contrato de viaje combinado se configura como compraventa, Esther Gómez considera que está *más próximo al de obra* (régimen jurídico supletorio). Es además un contrato *consensual*: es cierto que el artículo 4.1 LVC afirma que «deberá formularse por escrito», pero la autora lo interpreta en el mismo sentido que los artículos 1279 y 1280 CC; esto es, una vez perfeccionado el contrato, el consumidor puede exigir que se formalice por escrito (efectos de prueba; suministra información al consumidor). Una de las peculiaridades de la LVC (en contraste con la Directiva 90/314/CEE) es que, antecediendo al contrato de viaje, *se impone* al organizador o al detallista que hagan un *folleto del viaje* en el que debe contenerse la *oferta* del viaje (oferta *ad incertam personam*, no simple *invitatio ad offerendum*). De esta forma, mediante la aceptación del consumidor de alguna de las propuestas contenidas en el folleto, dirigida al organizador o al detallista, se perfecciona el contrato de viaje combinado. En opinión de Esther Gómez, esa consideración del folleto informativo como oferta hace innecesaria, en la mayoría de los casos, la norma del artículo 3.2 LVC que establece el carácter vinculante para el organizador o el detallista de la información contenida en el folleto (el art. 3.2 LVC también contiene dos excepciones al carácter vinculante del folleto, añadiendo la autora la excepción general del art. 8.2 LGDCU: si el contrato contiene cláusulas más beneficiosas para el consumidor que las contenidas en la oferta publicitaria, prevalecen aquéllas sobre éstas). Por otro lado, Esther Gómez destaca que es un contrato *senalagmático y oneroso, de tracto sucesivo*, en el que la obligación de prestar el viaje, producto de la coordinación hecha por el organizador, es *obligación de resultado*, cuyo término suele ser, por lo general, *esencial*.

2. Antes de analizar los derechos, las obligaciones y las cargas de los distintos sujetos que intervienen en el contrato de viaje combinado, Esther Gómez afirma el *carácter imperativo* de la LVC en cuanto *ampare derechos del consumidor* y esto se traduce en que puede *modificarse* la norma siempre que se haga *en beneficio del consumidor* (además, algunas normas de la LVC admiten expresamente el pacto en contrario; si el contrato se realiza mediante condiciones generales de la contratación, han de cumplirse los requisitos de la LGDCU).

2.1. *La principal obligación del organizador es coordinar las prestaciones del viaje combinado*, así como *seleccionar y contratar* a los prestadores directos del servicio, sobre quienes tiene la obligación de su *supervisión*. En cuanto al *dellista*, señala la autora que, dado que suele actuar como *mediador*, sus obligaciones son las propias de tal tarea. Una vez iniciado el viaje, el organizador y el *dellista* están obligados a *asistir al consumidor*, siempre que la causa de la dificultad no sea imputable a este último. Sobre el *consumidor* recae la *carga* [pese a que, señala la autora, el art. 4.1.m) LVC hable de «obligación»] de *comunicar el incumplimiento* de forma que *quede constancia* de su existencia. Con esta comunicación se posibilita que el organizador o el *dellista* subsanen la deficiencia del viaje y puedan hacerse con las pruebas necesarias a fin de poder repetir contra el prestador directo del servicio.

2.2. Sobre las *obligaciones de información*, objeto de regulación detallada y casuística en la LVC (y en la Directiva 90/314/CEE), la autora destaca que aquéllas pesan sobre el organizador; pero si en el contrato intervino el *dellista*, éste es quien normalmente suministrará al consumidor la información por estar en contacto con él. Esther Gómez ordena en tres bloques el conjunto de datos a facilitar al consumidor según la LVC: *a) Datos que han de contenerse en el programa-oferta* (art. 3 LVC); la lista que da la LVC no es exhaustiva [art. 3.1.j)] y dado que ese programa o folleto tiene al mismo tiempo una función publicitaria, han de cumplirse las normas de la Ley General de Publicidad (como no inducir a error a sus destinatarios: art. 4 LGP). *b) Datos que conforman el contenido obligatorio del contrato* (art. 4 LVC); se trata también de una lista abierta. *Y c) Datos que deben facilitarse antes de la fecha de salida del viaje* (art. 6 LVC). Una observación que la autora hace a la LVC es, que ésta exija que en el contrato figuren muchos datos que ya se han mencionado en el folleto-programa (repetición innecesaria), folleto-programa que además es obligatorio y no potestativo para el organizador; y lo mismo puede decirse a propósito de la información a suministrar antes de la fecha de salida del viaje. Sobre las *características de la información*, destaca Esther Gómez que lo más frecuente es que se adopte la forma escrita; que debe ser clara y comprensible; y que ha de procurarse con una antelación suficiente para que sea útil al consumidor. Tras exponer las obligaciones de información, la autora realiza una valoración crítica de las mismas (no olvidemos que se trata de una materia que conoce; *vid.* Esther Gómez Calle, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994). Tiene presente que las listas de datos de la LVC tienen un carácter meramente indicativo y que, dada la gran variedad que hay en este sector, esas listas nunca podrán ser exhaustivas. Por otra parte, afirma que *el principio de buena fe impone deberes de conducta leal entre las partes y que entre tales deberes se encuentra el de información en la fase precontractual y en la posterior a la celebración del contrato* (arts. 7.1 y 1258 CC). En su opinión, muchas de las obligaciones de información de la LVC pueden basarse directamente en el principio de buena fe (también en los arts. 8.1 y 13 LGDCU y 4.II LGP; no obstante, reconoce que alguna información de la LVC responde a una decisión de política legislativa en favor del consumi-



dor: por ejemplo, la de plazo de ejercicio de las acciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso). Por último, la buena fe *no impone* informar al consumidor sobre datos que él ha de suministrarse o que se le presupone que sabe por ser normalmente conocidos por una persona media del país en que se oferta el viaje combinado.

2.3. *El pago del precio es la obligación principal del consumidor.* Una crítica que la autora hace a la LVC es que ésta no impida que organizador o detallista cobren anticipadamente el precio del viaje combinado. El pago anticipado comporta evidentes riesgos: si el consumidor pagó la totalidad del precio antes de la fecha de salida del viaje y, durante el viaje, el organizador quiebra, es bastante posible que el prestador directo del servicio se niegue a realizar la prestación, no teniendo el consumidor medios de presión y seguramente habrá de volver a pagar (luego sólo tendrá un derecho de crédito en la masa de la quiebra). Se trata de un problema que, por desgracia, no es infrecuente en la realidad y que la Directiva 90/314/CEE intentó solucionar estableciendo que organizador o/y detallista «facilitarán pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o quiebra, quedarán garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor» (art. 7). La autora nos informa de que dicho precepto, que a su entender se aplica a la quiebra que tiene lugar *antes y durante* la realización del viaje combinado pero *no* a la que se produce *después* del viaje combinado (reclamación por cumplimiento defectuoso del contrato), suscitó en 1994 la interposición de una cuestión prejudicial por el *Oberlandesgericht* de Bonn ante el Tribunal de Justicia Europeo. La quiebra, en 1993, de varios organizadores hizo que miles de turistas alemanes tuvieran que pagar por duplicado ciertos servicios (hotel, transporte, etc.) y un buen número de afectados reclamó posteriormente indemnización de daños y perjuicios al Estado alemán, basándose en que no habrían sufrido tales daños si éste hubiera incorporado en plazo la Directiva 90/314/CEE (la fecha límite era el 31 de diciembre de 1992; el apoyo para la reclamación fue la conocida Sentencia Francovich, de 19 de noviembre de 1991). En sentencia de 8 de octubre de 1996, el Tribunal de Justicia Europeo dijo, entre otras cosas, que no era necesario una previa sentencia de condena por infracción del Derecho comunitario del Estado alemán, que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE contiene una atribución de derechos al consumidor suficientemente identificados, y que el Estado alemán no tenía justificación de la no incorporación de la Directiva 90/314/CEE.

En el Derecho español, el artículo 12 LVC otorga mayor protección al consumidor que el artículo 7 de la Directiva 90/314/CEE, pues, *además* del reembolso de los fondos depositados y de los gastos de repatriación *en caso de insolvencia o quiebra*, se le *garantiza en general la responsabilidad del organizador y del detallista por el correcto cumplimiento del contrato* (por sentencia, por laudo arbitral); garantía que se constituye frente al consumidor y sobre cuya modalidad hay una remisión a la Administración turística competente. Por otra parte, la autora recuerda aquí el artículo 24, que permite a la agencia de viajes cobrar, al contratar, hasta un 40 por 100 del precio, y el artículo 27.2, que le obliga a que en el momento de la perfección del contrato entregue al consumidor la documentación necesaria para la prestación de los servicios del viaje, de la OM de 14 de abril de 1988 [esta OM desarrolló el *RD 271/1988, de 25 de marzo, regulador del ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viaje*, normativa de carácter administrativo y que dedicaba algunos preceptos al contrato de paquete turístico. En cambio, la LVC de 1995 contiene la regulación jurídico-privada y *ex novo* del contrato de viaje combinado, con rango de ley, y basada, según dice su

EM, en la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1, 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, CE). No obstante, las CCAA catalana (1994) y de las Islas Baleares (1995) han promulgado Reglamentos sobre las Agencias de viaje que recogen la Directiva 90/314/CEE; el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha decretado la suspensión de varios artículos del Reglamento balear, aquéllos en que se define el contrato de viaje combinado y se regula su régimen jurídico].

Relacionado con la obligación de pago del precio, el artículo 7 LVC establece la *no modificación del precio pactado*, *excepto* si se pacta una cláusula de revisión al alza y a la baja, con especificación de las modalidades precisas de cálculo. Además, la revisión *sólo puede incorporar variaciones sufridas en ciertos elementos del viaje combinado* y ha de hacerse con, al menos, *veinte días de antelación* a la fecha de salida del viaje (el Derecho alemán es aquí más protector: prohíbe el aumento del precio en los cuatro meses siguientes a la celebración del contrato). Cumpliéndose estos requisitos, el consumidor está obligado a pagar el incremento del precio, pero si la modificación es significativa podrá resolver el contrato (art. 8 LVC). Para concretar el carácter significativo de la modificación, y ante el silencio de la LVC, la autora propone el criterio del artículo 28.2 de la OM de 14 de abril de 1988, que permite al cliente desistir del viaje si la subida supera el 15 por 100 del precio pactado.

2.4. Del propio contrato pueden surgir *otras obligaciones para el consumidor*, como, por ejemplo, observar pautas de conductas si el viaje combinado es en grupo, colaborar con el deudor para que éste pueda ejecutar su prestación (cumplir los horarios, etc.).

3. El artículo 5 LVC permite que el contratante principal ceda gratuitamente su reserva (*cesión de contrato*) en el viaje combinado a una persona que *reúna todas las condiciones requeridas para el mismo*. Esther Gómez destaca el acierto de que la LVC, a diferencia de la Directiva 90/314/CEE (art. 4.3), no exija como requisito la imposibilidad del consumidor para participar en el viaje combinado. Además, la cesión debe *comunicarse por escrito* al organizador o detallista; hacerse, como mínimo, con una *antelación de quince días antes* de la fecha de salida del viaje combinado, salvo pacto en contrario; y *no se requiere consentimiento del organizador o del detallista*, aunque pueden *oponerse a la cesión cuando no se cumplan los requisitos legales*. Producida la cesión, el *cesionario* pasa a *formar parte del contrato* de viaje combinado, pero *responde solidariamente* con el cedente del pago del precio pendiente y de los gastos adicionales por causa de la cesión (y dependiendo del acuerdo que entre ellos medie, podrá haber derechos de repetición: art. 1145.II CC).

4. El artículo 8 LVC regula la *modificación del contrato de viaje combinado*. Los elementos que conforman su supuesto de hecho son: a) La modificación debe producirse *antes* de la fecha de salida del viaje. b) El organizador ha de *verse obligado* a dicha modificación. La autora indica que diversos autores interpretan la expresión «se vea obligado a la modificación» de forma restrictiva; en su opinión, sin embargo, esa expresión incluye cualquier causa de la modificación (fuerza mayor, negligencia del organizador). Y c) La modificación debe *afectar a algún elemento esencial del contrato y ser significativa*. Cumplidos estos requisitos, el organizador debe comunicar inmediatamente la modificación al consumidor y éste, en un plazo de tres días siguientes a la notificación, puede optar entre aceptar la modificación o resolver el contrato sin penalización alguna (salvo pacto en contrario más beneficioso). La LVC entiende el silencio del consumidor como opción por la resolución contractual.

5. De conformidad con el artículo 9.1 LVC, en los casos de *resolución del contrato por el consumidor por una modificación significativa* (art. 8.2 LVC), *de cancelación del viaje por el organizador, y de no confirmación del viaje, antes de la fecha de salida del viaje combinado*, el consumidor tiene derecho a que se le restituyan las cantidades pagadas o a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior, si organizador o detallista pueden proponérselo; si el viaje es de inferior calidad, procede el oportuno reembolso al consumidor.

El artículo 9.2 LVC preceptúa que, en los casos anteriores (art. 9.1 LVC), *organizador y detallista son responsables de la indemnización que corresponda al consumidor por incumplimiento del contrato* (indemnización fijada en una cuantía mínima de porcentaje en función del precio total del viaje combinado y de la proximidad en el tiempo respecto de la fecha de salida del viaje; si se justifican mayores daños, la autora admite su exigibilidad, no teniendo inconveniente en aplicar los arts. 1106 y 1107 CC). Asimismo, destaca que, en la tramitación en el Senado del entonces *Proyecto de Ley de viajes combinados*, se suprimió la responsabilidad solidaria establecida entre organizador y detallista (de conformidad con la supresión que en ese sentido se hizo en el art. 11 del Proyecto; sobre ello *infra* núm. 7).

El artículo 9.3 LV establece dos casos en los que *no procede la indemnización* prevista en el artículo 9.2 LVC: *a)* Si la cancelación del viaje combinado es porque no se reúne el número mínimo de personas exigido y así se comunica al consumidor antes de la fecha límite que a tal efecto se fijó en el contrato. *b)* Si la cancelación del viaje fue por fuerza mayor, definida por la LVC como «aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida». En opinión de la autora, esta definición legal recoge los rasgos que a su entender caracterizan a la fuerza mayor –circunstancia impeditiva ajena a la esfera de actividad, imprevisible e inevitable– y que permiten diferenciarla del caso fortuito, en el que la circunstancia impeditiva entra en la esfera de la actividad del deudor. Comparando la LVC y el CC, la autora expone dos interpretaciones doctrinales del artículo 1105 CC («Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»): *a)* una interpreta los sucesos como impedimentos ajenos al ámbito de control del deudor, lo que permite afirmar la práctica coincidencia entre los artículos 9.3.b) LVC y 1105 CC; *b)* otra interpreta que el artículo 1105 CC contempla tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, y, trasladándonos a la LVC, se constata que la causa de exoneración del artículo 9.3.b) es entonces más restringida que la del CC. Por otro lado, la autora entiende incluido en el artículo 9.3.b) LVC no sólo la cancelación del viaje por el organizador, sino también la resolución del contrato por el consumidor *ex* artículo 8.2 LVC.

6. El artículo 9.4 LVC regula el *derecho del consumidor de desistir del contrato*, posibilidad que no contempla la Directiva 90/314/CEE y que es copia, en buena medida, aunque con alguna importante diferencia, del artículo 29 de la OM de 14 abril de 1988. El consumidor que desiste del contrato *ha de pagar una indemnización, salvo que su decisión fuera por causa de fuerza mayor* (lo que incluye circunstancias de orden personal como accidentes, fallecimiento de familiar muy próximo, etc.). Esther Gómez señala la diferencia de esta fuerza mayor del artículo 9.4 LVC, en cuanto que impide al consumidor aprovechar la prestación debida, de la fuerza mayor del artículo 9.3 LVC, que es impeditiva del cumplimiento. Si el desistimiento no es por causa de fuerza mayor, el consumidor ha

de pagar los gastos de gestión y de anulación del viaje, sobre los que, lamenta la autora, no se exige justificación como, en cambio, ocurre en la cesión de la reserva del viaje (art. 5.3 LVC). Asimismo, el consumidor ha de pagar una penalización que la LVC calcula en un porcentaje del importe total del precio en función del plazo que quedara entre el desistimiento y la fecha de salida del viaje; el plazo más lejano que la LVC contempla es el de menos de quince días, afirmando la autora que, si el consumidor desiste con quince días de antelación, no se le puede penalizar y que no es válida una cláusula en dicho sentido (la LVC establece un mínimo en los derechos de carácter imperativo).

Pero el artículo 9.4 LVC *no contempla el desistimiento del consumidor una vez iniciado el viaje*, y aquí, Esther Gómez considera que hay que tener en cuenta la causa que lo determinó. *Si fue por defectos en la ejecución del viaje* se han de aplicar las normas sobre incumplimiento de los artículos 10 y 11 LVC. *Si fue una decisión personal del viajero de no continuar el viaje*, la autora parece inclinarse por la aplicación analógica del artículo 1594 CC («El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella»). Por último, *si el desistimiento fue por causa de fuerza mayor que, sin entorpecer el correcto cumplimiento del viaje, supone la frustración del propósito práctico del contrato*, la autora es partidaria de que el consumidor pueda desistir y que haya un reparto equitativo de los gastos entre éste y el organizador.

7. El artículo 11.1 LVC establece que el organizador y el detallista responden frente al consumidor del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esther Gómez señala que se tratan de *obligaciones de resultado*, en las que se responde por la actuación de los prestadores directos del servicio, y que estamos ante una *responsabilidad objetiva*, por cuanto que no presupone culpa en el control hecho sobre los prestadores directos del servicio (no exonera la simple prueba de la correcta elección del prestador). Asimismo, el artículo 11.1 LVC establece que la responsabilidad entre organizador y detallista es «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado». La autora nos recuerda que esta *regla de distribución de responsabilidad* se introdujo en el entonces *Proyecto de Ley de viajes combinados* en el Senado y vino a sustituir la regla de la responsabilidad solidaria entre organizador y detallista (también se eliminó de los arts. 9.2 y 11.2 del Proyecto); la *responsabilidad solidaria sólo* ha quedado para los casos en que *concurran conjuntamente* diferentes organizadores o diferentes detallistas (art. 11.1 *in fine* LVC). Tras recordar otros regímenes de responsabilidad frente al consumidor (art. 27 LGDCU; Ley de 6 de julio de 1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos), Esther Gómez entiende que si bien es verdad que el régimen de responsabilidad solidaria beneficia al consumidor (puede dirigirse contra más personas), el legislador ha considerado ese régimen muy gravoso para el detallista (puede ponerle en difícil situación financiera) y ello pese a que luego ejercite una acción de regreso; de ahí su supresión.

Establecido por el artículo 11.1 LVC el criterio por el cual el consumidor dispone de un *conjunto de medidas ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del viaje*, el artículo 11.2 LVC («asimismo») contempla la medida del *resarcimiento de daños y perjuicios*. Sus requisitos son que el daño sea consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso y que éstos sean imputables al organizador o/y detallista; este último requisito se cumple si no se acredita ninguna de las causas de exoneración previstas en el artículo 11.2 LVC. La autora nos informa de que sobre el artículo 5 de la Directiva 90/314/CEE, equi-

valente al 11.2 LVC, la doctrina española ha calificado la responsabilidad de objetiva, mientras que la alemana habla de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba (es cierto que las dos versiones de la Directiva difieren). Situándose en el artículo 11.2 LVC, la autora afirma que para que la agencia de viajes no responda, no basta con probar que obró con diligencia en la ejecución del contrato, sino que debe demostrar, precisamente, alguna de las causas de exoneración del artículo 11.2 LVC; concluye, por ello, que el artículo 11.2 LVC *no consagra una responsabilidad por culpa*.

Las causas de exoneración del artículo 11.2 LVC son: a) Que el defecto sea *imputable al consumidor*; la autora señala que tal defecto ha de serle exclusivamente imputable e incluye tanto si hubo como si no culpa en el consumidor. b) Que el defecto sea *imputable a un tercero ajeno de forma imprevisible e inevitable*. Teniendo presente el artículo 11.1 LVC, Esther Gómez precisa que el tercero del 11.2.b) LVC no es el prestador directo del servicio. c) Que el defecto se debe a *fuerza mayor*, definida en el artículo 11.2.c) LVC, igual que la fuerza mayor del 9.3 LVC (cfr. *supra* núm. 5). y d) Que el defecto se deba a un *acontecimiento que «a pesar de haber puesto toda la diligencia necesaria, no podía prever ni superar» el organizador o el detallista*. La autora indica que esa diligencia es la que resulta del artículo 1104 CC, que la imprevisibilidad se refiere al acontecimiento en sí, y que la inevitabilidad también se refiere al acontecimiento en sí, lo que permite referirla asimismo a las consecuencias de éste. Por otra parte, mientras en la fuerza mayor del artículo 11.2.c) LVC, el acontecimiento queda fuera de la esfera de actividad del organizador o del detallista, el acontecimiento del 11.2.d) LVC queda dentro de dicha esfera (se recogería aquí la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito que defienden algunos autores; cfr. *supra* núm. 5). Por último, en relación a las causas de exoneración de las letras b), c) y d) del artículo 11.2 LVC, el organizador y el detallista tienen *obligación de asistir al consumidor* que se encuentre en dificultades.

Sobre los *daños indemnizables*, la autora, dada la ausencia de regulación de esta materia en la LVC, es partidaria de acudir a las *reglas generales del CC sobre responsabilidad contractual*. Admite la aplicación del artículo 1106 CC, destacando que en la mayoría de los casos lo que hay son *daños emergentes*, siendo más rara la reparación del *lucro cesante*; asimismo admite la *reparación del daño moral* derivado de lesiones corporales y el derivado de la frustración o pérdida de las vacaciones si el viaje se malogró total o parcialmente por un defecto de cierta entidad (recoge varias sentencias de Audiencias Provinciales que lo habían admitido antes de la LVC); también entiende aplicable la *distinción entre deudor de buena fe y doloso* del artículo 1107 CC, en cuanto a la extensión de los daños indemnizables (que, por ejemplo, parece no admitir León Arce), así como la aplicación del *artículo 1103 CC*.

El artículo 11.3 LVC establece que el resarcimiento del daño por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de *alguna de las prestaciones* del viaje combinado «quedará limitado» a lo que *prevean los Convenios internacionales reguladores de dicha prestación*. Esther Gómez afirma que en esta norma hay un cierto exceso de celo, pues de la expresión legal parece desprenderse la apreciación de oficio por el órgano judicial de tal limitación aunque no la alegara el organizador o el detallista. Y del artículo 11.4 LVC, se deduce, en coordinación con el artículo 5.2 de la Directiva 90/314/CEE (los Estados miembros podrán admitir cláusulas limitativas razonables sobre daños no corporales), la *inadmisión en Derecho español y frente al consumidor de cláusulas limitativas de responsabilidad* (la autora entiende que, en cambio, son válidas las cláusulas que den al consumidor un beneficio sobre lo establecido en la Ley).

7.1. El artículo 10 LVC regula el caso en que, *después de la salida del viaje, el organizador no suministra o comprueba que no puede suministrar una parte importante de los servicios contratados*. Esther Gómez señala que se trata de un *supuesto de incumplimiento* en el que es indiferente la causa que lo motivó (culpa o fuerza mayor). El consumidor tiene la carga de comunicar el incumplimiento al organizador o al detallista [art. 4.1.m) LVC] y si éstos permanecen pasivos o es urgente adoptar una solución, la autora, pese al silencio de la LVC, es partidaria de que el consumidor busque una solución y pida luego la devolución de los gastos siempre que sean razonables. Las medidas que el organizador ha de adoptar ante el incumplimiento deben dirigirse prioritariamente a la continuación del viaje combinado (ofrecer una alternativa) y ello sin suplemento de precio o, en su caso, devolver al consumidor lo que pagó de más (reducción del precio; art. 10.1 LVC). Si el consumidor acepta continuar el viaje, la LVC nada dice sobre si puede exigir, además, indemnización por daños y perjuicios; la autora entiende que sí y lo apoya en el artículo 11.2 LVC. Pero si las soluciones adoptadas por el organizador son inviables, o no las acepta el consumidor por motivos razonables, el viaje se concluye anticipadamente y el organizador ha de facilitar, sin suplemento alguno de precio, un medio de transporte para regresar, equivalente al utilizado en el viaje de ida. Esther Gómez señala que esta última obligación sólo debería haberse consagrado para el caso en que la vuelta del viaje fuera prestación prevista en el contrato y que si no lo fue, entonces el consumidor sólo podría exigir los gastos adicionales que le suponga el regreso anticipado. Por último, aquí sí, el artículo 10.2 LVC prevé expresamente que el consumidor pueda exigir indemnización de daños y perjuicios (de acuerdo con el 11.2 LVC).

7.2 La autora destaca que la LVC *no regula el supuesto del cumplimiento defectuoso de alguna de las prestaciones del viaje combinado una vez iniciado*, puesto que el supuesto de hecho del artículo 10 LVC es el de la *no prestación* de una parte importante de alguno de los servicios pactados (incumplimiento sin más; si bien en ambos casos ha lugar a un cumplimiento defectuoso del contrato). No obstante, es partidaria de que, en lo posible (no siempre se va a poder encajar), se aplique el artículo 10 LVC al supuesto del cumplimiento defectuoso de la prestación, lo que se traduce en que el consumidor, ante la pasividad del organizador, pueda adoptar por sí mismo medidas de solución y luego pedir sus costes; ejercitar una pretensión de cumplimiento para que se corrijan los defectos, sin suplemento alguno de precio; pedir la reducción del precio; poner fin anticipadamente al viaje y ejercitar la oportuna acción de indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, la autora señala (poniendo distintos ejemplos de la jurisprudencia alemana) la diferencia entre el cumplimiento defectuoso, que no ha de asumir el consumidor, y los inconvenientes o molestias que todo viaje implica, que sí deben ser asumidos por aquél (en esta diferencia incide si el organizador o/y detallista cumplieron o no con sus correspondientes obligaciones de información).

8. El artículo 13 LVC establece el *plazo de dos años* para ejercitar las acciones derivadas de los derechos reconocidos en la LVC (sobre todo son derechos del consumidor, pero también hay del organizador o del detallista, como el pago del precio). Para el cómputo del plazo se aplica el artículo 1969 CC. Además, requisito previo al ejercicio de la acción, es que el consumidor denuncie el incumplimiento [art. 4.1.m) LVC]. Por otro lado, la autora es partidaria de aplicar *la regla de ley especial deroga ley general*, lo que se traduce en la aplicación preferente de la LVC sobre el CC cuando el caso encaje, además de en la LVC, en alguna de las figuras que contempla el CC (vicios de consentimiento cuyas accio-

nes tienen un plazo de ejercicio de cuatro años; incumplimiento contractual del que derivan acciones generales con un plazo de ejercicio de quince años). Nos informa la autora de que en Derecho alemán se ha impuesto la aplicación preferente de la normativa especial del contrato de viaje (plazo de ejercicio de seis meses) sobre la general del derecho de obligaciones por incumplimiento (plazo de ejercicio de treinta años).

9. Hemos de advertir, en la recensión a esta monografía de la profesora Esther Gómez Calle, que nuestra atención se ha centrado en el estudio que la autora realiza sobre la LVC, si bien también hemos aludido, con relativa frecuencia, a la Directiva 90/314/CEE y al Derecho alemán. La *mención de la Directiva* es necesaria por cuanto mediante la LVC se cumple la obligación de transponer aquella y, además, porque es doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, como nos recuerda la autora, que el Juez nacional debe interpretar el Derecho interno de conformidad con la normativa comunitaria. El estudio del *Derecho alemán* es una opción hecha por la autora de utilizar en su trabajo el método de Derecho comparado, siendo muy adecuada la elección de aquél pues éste ya regulaba el contrato de viaje en el BGB desde 1979 y esa regulación se tuvo en cuenta, entre otras, en la elaboración de la Directiva 90/314/CEE [aunque luego ésta se haya, a su vez, incorporado a su ordenamiento interno, lo que ocurrió en 1994 reformando los §§ 651 a) ss. BGB, promulgando un Reglamento sobre los deberes de información de los organizadores de viaje (*Verordnung über die Informationspflichten von Reiseveranstaltern*) y modificándose la *Gewerbeordnung* (Código industrial) para establecer la multa en relación a la infracción de la obligación de garantía por los fondos depositados y por los gastos de repatriación del consumidor]. Por otro lado, hemos de resaltar que el Derecho comparado cobra especial interés cuando estamos confrontando normas nacionales que incorporan Directivas cuyo fin es aproximar legislaciones: acudir a cómo la doctrina o los Jueces de otro Estado miembro entienden su norma interna, nos puede permitir que, contando con otros elementos (art. 3 CC), nos inclinemos por interpretar nuestra norma en uno u otro sentido; asimismo, cuando la Directiva permite a los Estados miembros optar por incorporar o no un concreto aspecto, constatar qué Estados han optado por incorporarlo y cuáles no, así como las razones de ello, permite que hagamos una valoración más precisa de nuestro Derecho interno; etc.

Suele ser usual acabar una recensión resaltando las buenas cualidades del autor y de la monografía y a ello procedemos, pero destacando que las afirmaciones que a continuación hacemos no responden a la rutina, sino que son fiel reflejo de la realidad. Se trata de una obra rigurosa en la forma y en el contenido. En la forma, porque encontramos una redacción clara y precisa; el esquema que va engarzando el estudio de la LVC está bien trabado; y cuando una materia se sitúa sistemáticamente en un apartado, si antes o después la autora ha de referirse a ella, no nos repite estérilmente lo mismo, sino que, sin más, remite al lector al lugar en que lo trata. En cuanto al contenido, expone el supuesto de hecho y las consecuencias de las normas de la LVC, pero no se queda ahí, va más allá, puesto que continuamente plantea cuáles son los problemas interpretativos, expone el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia y se pronuncia al respecto; asimismo, demuestra su buen conocimiento de las categorías dogmáticas y de la evolución que en los últimos años está experimentando nuestro derecho de obligaciones y de contratos en general (arts. 1101 ss. CC), integrándolo en la LVC hasta dónde, en su opinión, ello es posible. En definitiva, es una obra de recomendable lectura.

**MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: *La oferta contractual*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, 310 pp.**

1. La obra objeto de la presente recensión se ocupa de un tema, la oferta contractual, de gran importancia en la formación del consentimiento contractual. Como sabemos, en virtud del artículo 1261 CC, no hay contrato si no existe, entre otros requisitos, consentimiento de los contratantes. Señala, a continuación, el artículo 1262 CC que el consentimiento se manifiesta por medio del concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

La estructura de la obra es la siguiente: tras un prólogo y una introducción, la monografía se divide en tres capítulos. El capítulo I lleva por título «Concepto de oferta contractual» y está dedicado al análisis de la fase precontractual, al examen de las características de la oferta contractual, así como a la diferenciación de la oferta frente a otras figuras de carácter precontractual. El capítulo II, titulado «Análisis estático de la oferta contractual», aborda el estudio de los elementos de la oferta contractual y las diferentes clases de ofertas contractuales que pueden existir. El capítulo III, último de la obra, se titula «Análisis dinámico de la oferta contractual», y en él aborda el estudio de diferentes cuestiones, tales como la duración de la oferta o las causas de extinción de ésta. Finaliza la obra con un índice cronológico de sentencias del TS, de diversas AP y de resoluciones de la DGRN.

2. El autor, en el capítulo I de la obra, trata de fijar el concepto de oferta contractual. Menéndez Mato comienza señalando que la oferta de contrato se sitúa en la fase precontractual o fase de formación del contrato (denominación otorgada por la doctrina, pues nuestro CC no hace referencia expresa de la citada fase). Es por ello por lo que el autor entra a examinar la mencionada fase. Inicia el análisis señalándonos que es defensor de un concepto amplio de fase precontractual. Para Menéndez Mato dicha fase abarca el período de tiempo comprendido entre el primer acto precontractual y el nacimiento del contrato definitivo. La adopción de un concepto amplio implica que dentro de la fase precontractual quedan comprendidos, como actos precontractuales, los tratos preliminares, la oferta y la aceptación del contrato definitivo, así como los contratos preparatorios o instrumentales (contrato de opción, precontrato), encaminados a dar nacimiento al contrato definitivo. A continuación, el autor, en virtud del ámbito temporal de la fase precontractual, distingue dos tipos de contratos: los de formación instantánea y los de formación sucesiva (Menéndez Mato prefiere utilizar la expresión formación *ex intervallo temporis*). Afirma que en los contratos de formación instantánea [según el autor se trata de contratos entre partes que están presentes físicamente o que emplean algún medio técnico que permite una inmediata comunicación entre los interesados (por ejemplo, el teléfono) y en los que el intercambio de oferta y aceptación es instantáneo] tan sólo se realizan dos actos precontractuales, la oferta y la aceptación. Por el contrario, en los contratos de formación *ex intervallo temporis* la fase precontractual, por distintos motivos [se realizan diversos actos precontractuales (tratos preliminares, precontrato, etc.), no sólo la oferta y la aceptación del contrato definitivo; existencia de un intervalo temporal entre el momento de realizar la oferta y el momento en que se produce la aceptación (son los denominados contratos entre partes ausentes); cuando el oferente unilateralmente otorga al destinatario de la oferta un plazo para que éste comunique su aceptación], se prolonga en el tiempo.



2.1. Posteriormente, Menéndez Mato se interesa por la regulación existente en España y en los países de nuestro entorno relativa a la oferta contractual. Señala que el CC español (al igual que el CC francés) dedica poca atención a la cuestión de la oferta contractual, tan solo el artículo 1262 CC hace mención expresa de la oferta. Por el contrario, otros ordenamientos, como el alemán (§§ 145 a 156 BGB), el italiano (arts. 1326 a 1342 CC italiano) o el portugués (arts. 217 a 235 CC portugués) dedican a la figura de la oferta contractual una especial atención. El autor acude también a la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, CV), en concreto, a su artículo 14. En dicho precepto se señalan los elementos esenciales que debe contener una oferta: *a)* una propuesta suficientemente precisa, y *b)* intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Del apartado segundo del artículo 14 CV, el autor deduce una presunción *iuris tantum*: no se considerará oferta contractual la proposición que no vaya dirigida a una o varias personas determinadas, salvo prueba en contrario.

2.2. El autor, una vez que ha fijado el marco normativo, se centra en el análisis pormenorizado de las características de la oferta contractual. Afirma que se trata de una manifestación de voluntad de carácter unilateral (el carácter unilateral distingue a la oferta de otros actos precontractuales, como los acuerdos de intenciones o los precontratos). Menéndez Mato señala que la oferta tiene carácter inicial. Ello significa que es la primera actuación en la que se expone una voluntad de contratar efectiva y seria. Mantiene, al igual que la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, que la oferta tiene carácter recepticio. Se cuestiona el autor, en relación con el carácter recepticio de la oferta, si es necesario que el destinatario o los destinatarios de la oferta se encuentren determinados. Llega a la conclusión de que es indiferente que en el momento de emitir la oferta contractual el destinatario de la misma esté o no determinado (postura coincidente con la mayoritaria en la doctrina), pues afirma que en el momento en que la oferta llega a conocimiento de otras personas y éstas, o al menos alguna de ellas, responden a la misma aceptándola, el destinatario de la oferta queda determinado. Finalmente, Menéndez Mato señala los requisitos que debe contener una oferta: *a)* voluntad de contratar seria y definitiva del oferente, y *b)* la oferta debe ser completa (debe contener todos los elementos esenciales del contrato, salvo que remita su determinación a criterios objetivos).

2.3. Analiza, posteriormente, la relevancia de la oferta en dos supuestos concretos. Se ocupa, en primer lugar, de los contratos de adhesión. En opinión de Menéndez Mato, el proceso de formación de este tipo de contratos es idéntico al del resto de los contratos: concurso de oferta y aceptación (art. 1262 CC). En segundo lugar, el autor se ocupa de los contratos celebrados por medio de subasta o concurso. Realiza un examen detallado de ambas figuras. Tras un análisis de las distintas teorías doctrinales que existen (unas niegan su carácter contractual; otras mantienen que la subasta y el concurso son dos procedimientos específicos, diferentes al intercambio de la oferta y la aceptación, de los que nace un contrato; una última teoría mantiene que el proceso de formación de los contratos celebrados por medio de subasta o concurso es el clásico: intercambio de oferta y aceptación), de los preceptos que existen en nuestro ordenamiento relativos a la subasta y al concurso, y de la jurisprudencia del TS en esta materia, Menéndez Mato construye una teoría relativa a la licitación que es válida tanto para la subasta como para el concurso. Dicha teoría se basa en la distinción de dos contratos

distintos: el contrato de licitación y el contrato de definitivo, que puede ser el resultado de la ejecución del primero. En el contrato de licitación se pueden distinguir dos fases: la primera fase comienza con el anuncio de la subasta o concurso y finaliza con la conclusión del plazo establecido para la admisión de licitaciones, y la segunda fase, que comienza con el examen de las distintas licitaciones y termina, en su caso, con la selección de la mejor de las presentadas, dando lugar al nacimiento del contrato definitivo. El contrato de licitación nace por el intercambio de la oferta (anuncio de la subasta o concurso a determinadas personas o al público en general) y la aceptación (presentación por los interesados de una oferta de contrato definitivo concretado en las condiciones, forma y plazos establecidos en el anuncio de la subasta o concurso). El autor afirma que la relación existente entre el contrato de licitación y el contrato definitivo es la misma que existe entre un precontrato y el contrato definitivo al que precede.

2.4. Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la oferta, Menéndez Mato señala que existen dos posiciones doctrinales al respecto. Un primer grupo doctrinal (teorías unívocas) mantiene que todas las ofertas tienen la misma naturaleza. Dentro de este primer grupo existen a la vez dos posturas: la de aquellos autores que defienden a la oferta contractual como acto jurídico (postura mayoritaria), y la de aquellos otros que defienden que se trata de un negocio unilateral. Un segundo grupo doctrinal (teorías dualistas) otorga a la oferta contractual distinta naturaleza, dependiendo de la presencia o no de determinadas circunstancias. El autor afirma que lo esencial a la hora de fijar la naturaleza jurídica de la oferta es la posibilidad de revocarla una vez que es conocida por el destinatario (afirma que en los casos de oferta irrevocable estaremos ante un negocio jurídico unilateral, mientras que en los supuestos de oferta revocable estaremos ante un acto jurídico).

2.5. Menéndez Mato dedica un apartado del capítulo I a la distinción entre la oferta contractual y otras figuras de carácter precontractual. A su vez este apartado se estructura en tres subapartados.

2.5.1. En el primero de ellos, distingue entre los tratos preliminares y la oferta. Afirma que los tratos preliminares, en sentido estricto, constituyen una subfase precontractual ajena a la formación de la voluntad negocial, es decir, en los tratos preliminares no existe ninguna declaración de voluntad dirigida a concluir un contrato (como ocurre en la oferta). Mantiene, con apoyo en la jurisprudencia del TS, que durante los tratos preliminares no existe ningún tipo de relación obligatoria entre las partes, en todo caso una relación de carácter social; ello significa, en opinión del autor, que las partes deben respetar los deberes generales de conducta derivados de la relación social y de confianza que mantienen (si una de las partes causa un daño ilegítimo a la otra, surgirá, en base al artículo 1902 CC, la obligación de reparar el daño causado). Se ocupa también de la posibilidad de considerar a la publicidad como un acto precontractual. Tras analizar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como la jurisprudencia del TS sobre el tema, Menéndez Mato afirma que la publicidad podrá calificarse como oferta contractual en los casos en los que contenga la intención de contratar y recoja los elementos esenciales del futuro contrato (cuando falte alguno de los mencionados requisitos la publicidad tendrá la consideración de meros tratos preliminares). Asimismo, intenta diferenciar los tratos preliminares y el precontrato, señalando al respecto que tienen distinta naturaleza [tiene relevancia respecto del tipo de responsabilidad que puede derivarse de ambas figuras: mientras que la responsabilidad de los tratos preliminares es extracontractual (art. 1902 CC), la del precontrato es contractual

(arts. 1101 ss. CC)]. Mantiene el autor que los tratos preliminares carecen de naturaleza negociada y no generan obligaciones, mientras que el precontrato es un contrato de carácter instrumental del que derivan obligaciones, al menos para una de las partes.

2.5.2. Menéndez Mato dedica el segundo de los subapartados a la distinción entre la oferta contractual y los contratos preparatorios, instrumentales o previos (contratos concluidos por las partes con la finalidad de dar nacimiento a otro posterior, denominado contrato definitivo). Como anteriormente ya se ha mencionado, el autor de la presente obra adopta un concepto amplio de fase precontractual, ello supone que los denominados contratos preparatorios tengan la consideración de actos precontractuales. Dentro de la categoría de contrato preparatorio o instrumental, Menéndez Mato incluye los siguientes: el acuerdo de intenciones, el contrato normativo, el contrato de licitación [el autor analiza este contrato con mayor detenimiento en el apartado dedicado a la subasta y al concurso (ver *supra*, apartado 2.3 de la presente recensión)], el pacto de preferencia, el contrato de opción y el precontrato. El esquema que utiliza Menéndez Mato para diferenciar estas figuras de la oferta contractual es siempre el mismo (acude reiteradamente a la doctrina y a la jurisprudencia para fundamentar sus opiniones): en primer lugar, el autor nos ofrece el concepto de la figura que esté analizando; y posteriormente, señala, de forma breve, la función que dicha figura cumple, así como su régimen jurídico.

2.5.3. El tercer y último subapartado lo dedica el autor a la distinción entre oferta y aceptación contractuales. Menéndez Mato, en un principio, señala que las dos figuras presentan similitudes (ambas son manifestaciones de voluntad unilaterales y recepticias). Más tarde, el autor indica que existen diferencias entre las figuras mencionadas. Agrupa las diferencias existentes en torno a tres cuestiones: *a)* el orden cronológico; *b)* la forma de exteriorizar la voluntad contractual, y *c)* el destinatario de la declaración.

3. Menéndez Mato divide el capítulo II de su obra en dos grandes apartados: en el primero de ellos se ocupa del estudio de los elementos de la oferta contractual, mientras que el segundo lo dedica al análisis de las diferentes clases de ofertas contractuales.

3.1. Como ya se ha mencionado, el autor dedica la primera parte del capítulo II al estudio de los diferentes elementos que integran una oferta contractual. Menéndez Mato distingue tres tipos de elementos: *a)* elemento subjetivo; *b)* elemento objetivo, y *c)* elementos accidentales.

3.1.1. Comienza su examen por el elemento subjetivo, esto es, por la existencia en el oferente de una voluntad real, definitiva y clara de concluir un concreto contrato. Seguidamente Menéndez Mato se ocupa de la cuestión de la capacidad requerida para formular ofertas contractuales válidas. Concluye el autor afirmando, con apoyo en diversos preceptos (entre otros, los arts. 162, 1262 y 1263 CC), en sentencias del TS y en distintas opiniones doctrinales, que tienen capacidad para formular ofertas contractuales: *a)* las personas físicas mayores de edad no incapacitadas; *b)* las personas jurídicas a través de sus órganos de representación; *c)* los menores de edad emancipados, en todos los ámbitos no excluidos de forma expresa por la ley (art. 323 CC), y *d)* los menores de edad no emancipados y los incapacitados, siempre que tengan la capacidad natural suficiente (la exigida socialmente) para actuar en el concreto ámbito negociado al que se dirige la oferta [por ejemplo, los menores no emancipados tienen capacidad para comprar determinados bienes de consumo (libros, golosinas, ropa), así como para contratar servicios, tales como un billete de autobús o una entrada

para el cine]. Por último, afirma Menéndez Mato que la oferta realizada por un sujeto que carece de la capacidad para entender y querer mínima, se entenderá inexistente; asimismo, señala que el contrato que ha nacido como consecuencia de la aceptación de una oferta contractual que realiza un sujeto (ya se trate de menor de edad emancipado, de un menor de edad no emancipado o de un incapacitado) en ámbitos de los que, atendiendo a su capacidad natural, ha sido excluido por determinación legal o social, será anulable (en virtud de los arts. 1301 ss. CC) a solicitud del representante legal del menor o incapacitado, o bien a instancia del menor (cuando alcance la mayoría de edad), o del incapacitado (cuando recobre su plena capacidad).

3.1.2. Prosigue Menéndez Mato el análisis de los elementos de la oferta, ocupándose a continuación del elemento objetivo, es decir, del carácter completo de la oferta (es una característica que ayuda a diferenciar la oferta de otros actos precontractuales como la simple publicidad o las invitaciones a ofertar). La oferta será completa cuando contenga todos los elementos esenciales del contrato proyectado para que, con la aceptación del destinatario de la oferta, se produzca el nacimiento de éste. Menéndez Mato señala que para que la oferta sea considerada completa, no es necesario que recoja de forma detallada todos y cada uno de los diferentes elementos del contrato propuesto; sino que será suficiente con que vengan determinados o resulten determinables sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes. Analiza el autor, de forma breve, el contenido de los artículos 14.1, 19.2 y 55 CV.

Especial atención dedica Menéndez Mato a la cuestión de la posible existencia de ofertas tácitas. Para obtener una respuesta a dicha cuestión, comienza diferenciando entre declaraciones de voluntad tácitas y expresas (analiza también cuál es la relevancia jurídica del silencio). Realiza un examen de la jurisprudencia del TS, así como de las distintas posturas doctrinales que existen sobre el tema, y finaliza señalando que en su opinión hay tres clases de declaraciones de voluntad: *a*) las expresas; *b*) las tácitas, y *c*) las presuntas. Seguidamente, Menéndez Mato se detiene en las distintas posturas doctrinales que existen en relación a la existencia o no de ofertas tácitas [señala que la doctrina está dividida; mientras que un sector doctrinal (Díez-Picazo, Puig Peña, Ghedin) admite la existencia de ofertas tácitas, otro sector doctrinal (Capilla Roncero, Messineo, Sánchez Román) niega tal posibilidad]. A continuación, el autor (que es reacio a admitir la existencia de ofertas tácitas) analiza, uno por uno, los diferentes supuestos de ofertas tácitas que señala la doctrina: *a*) la oferta tácita de mandato (art. 1710 CC); *b*) el inicio de la ejecución de un contrato de modo directo y unilateral por el hipotético oferente (por ejemplo, mediante el envío de una muestra de una mercancía no solicitada); *c*) la denominada conducta social típica (por ejemplo, las paradas de autobús o de taxi en espera de viajeros); *d*) la contratación por medio de máquinas automáticas, y *e*) la exhibición de objetos en un escaparate con indicación de sus precios. La conclusión a la que llega el autor en cada uno de los supuestos examinados es que no existe oferta tácita en ninguno de ellos.

3.1.3. Una vez que se han examinado los denominados elementos subjetivo y objetivo de la oferta, Menéndez Mato se ocupa del análisis de los denominados elementos accidentales de la oferta contractual. Dentro de los elementos accidentales de la oferta, el autor incluye el requisito de la forma y la adición de diversos tipos de cláusulas.

Por lo que se refiere al requisito de la forma, Menéndez Mato mantiene que en nuestro ordenamiento rige el principio de libertad de forma de la oferta con-

tractual. Ahora bien, señala que existen dos excepciones. Afirma que la forma será un requisito esencial de la oferta: *a)* cuando la ley expresamente lo exija (en los supuestos de ofertas encaminadas a la perfección de un contrato formal *ad substantiam*), o *b)* cuando las partes lo hayan pactado.

En lo relativo al otro tipo de elemento accidental que puede formar parte del contenido de la oferta, esto es, la inclusión en la misma de diversos tipos de cláusulas, el autor se limita a examinar las cláusulas cuyo contenido afecte al plazo de vigencia de la oferta [cláusulas destinadas a acotar su vigencia (término inicial, término final); transformarla en irrevocable; o que recojan algún tipo de reserva objetiva acerca del objeto del futuro contrato], y las que establezcan, de forma expresa, la modalidad de aceptación apta para perfeccionar el contrato propuesto (el autor niega validez a una cláusula, establecida de forma unilateral por el oferente, en virtud de la cual el silencio del destinatario de la oferta equivalga a la aceptación).

3.2. Menéndez Mato dedica la segunda parte del capítulo II al estudio de las diferentes clases de ofertas contractuales. Para el análisis de las diferentes clases de ofertas se basa en dos criterios clasificatorios: *a)* las partes, y *b)* su vigencia.

3.2.1. Atendiendo al criterio de las partes, Menéndez Mato distingue diversas clases de ofertas [la oferta individual y la oferta colectiva; la oferta con destinatario determinado (ya sea individual o colectivo) y la oferta con destinatario indeterminado; la oferta entre presentes y la oferta entre no presentes; y la oferta al consumidor (Menéndez Mato profundiza en el estudio del régimen jurídico de esta clase de oferta, como consecuencia de la legislación especial existente sobre la materia)].

3.2.2. Atendiendo al criterio de la vigencia de la oferta, el autor distingue distintas clases de ofertas contractuales (ofertas con plazo de vigencia expreso o tácito; oferta única y ofertas alternativas; y ofertas con cláusula de irrevocabilidad).

Menéndez Mato realiza un estudio pormenorizado de la oferta irrevocable (el autor dice que «es una propuesta contractual que un sujeto dirige a otro, renunciando, al mismo tiempo, a su derecho a revocarla durante un determinado período temporal»). Señala, en primer lugar, que nuestro código civil no regula dicha figura [por el contrario, en otros ordenamientos, como el italiano, la oferta irrevocable es regulada de forma expresa (art. 1329 CC italiano)]. Por otra parte, señala que los artículos 15.2, 16.2 y 17 CV regulan la denominada oferta irrevocable [destaca la importante diferencia que existe entre: *a)* revocar una oferta irrevocable; *b)* retirar una oferta irrevocable, y *c)* rechazar una oferta irrevocable]. A continuación, analiza las diversas tesis doctrinales que existen en relación con la naturaleza jurídica de la oferta irrevocable (dedicando una atención especial a la posible existencia de ofertas irrevocables tácitas). Por último, se detiene en el análisis de las similitudes y diferencias que existen entre una oferta irrevocable y un contrato de opción; y en la determinación de las consecuencias del incumplimiento de una oferta irrevocable.

4. Menéndez Mato dedica el capítulo III de su obra al análisis de diferentes cuestiones: *a)* período de vigencia de la oferta, *b)* causas de extinción de la oferta y la determinación de las posibles responsabilidades que pueden surgir como consecuencia de la revocación de una oferta contractual, y *c)* aceptación de la oferta y la perfección del contrato propuesto.

4.1. Comienza el autor estudiando el período de vigencia de la oferta contractual. Afirma que debido a su carácter receptivo, la oferta no existirá como tal hasta el instante en que el destinatario de la misma conozca de su existencia. Niega la posibilidad de que pueda existir un oferta sin límite temporal. Menéndez

dez Mato considera que no existe un plazo mínimo de vigencia de la oferta (postura que afirma es la mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia españolas); ello implica que en nuestro ordenamiento, como regla general, el oferente tiene libertad para revocar la oferta. Señala, de forma breve, los diferentes actos del oferente y del destinatario de la oferta que pueden influir en la duración de la misma.

4.2. Posteriormente, el autor examina, de forma sumaria e individual, cada una de las causas que implican la extinción de la oferta contractual: *a)* la revocación de la oferta (acude a la CV para señalar las diferencias que existen con la denominada retirada de la oferta); *b)* el rechazo de la oferta por su destinatario; *c)* la caducidad de la oferta (el período de vida de una oferta contractual puede venir establecido por la ley, por un plazo expreso contenido en la propia oferta y, en su defecto, por el denominado criterio de la razonabilidad); *d)* la muerte o incapacidad sobrevenida del oferente; *e)* la imposibilidad sobrevenida del objeto del contrato ofertado; *f)* la realización de ofertas sucesivas, de contenido diferente e incompatible con la inicial, por el oferente; *g)* la formulación de contraofertas por el destinatario de la oferta inicial; *h)* la aceptación de la oferta por el destinatario (Menéndez Mato analiza en profundidad esta causa de extinción, que supone la perfección del contrato ofertado, en otro apartado posterior).

Ulteriormente, el autor se ocupa de la responsabilidad precontractual que nace como consecuencia de la revocación de una oferta. Aprovecha la ocasión para intentar definir y delimitar dicha responsabilidad [realiza un examen de diferentes ordenamientos de nuestro entorno (Alemania, Italia, Portugal y Francia), así como de nuestro ordenamiento].

4.3. Prosigue Menéndez Mato su investigación, abordando, a continuación, el estudio de la aceptación de la oferta (causa de extinción de la oferta que provoca el nacimiento del contrato ofertado). En concreto, se interesa por el concepto, los requisitos y el ámbito temporal de la aceptación.

4.4. El artículo 1262 CC tan sólo hace referencia a la contratos celebrados por carta. Sin embargo, en la actualidad, debido a los avances tecnológicos, existen otros medios de comunicación que pueden ser válidos para realizar el intercambio de la oferta y de la aceptación. Es por ello por lo que el autor analiza, en profundidad, los distintos medios de comunicación que se pueden utilizar para realizar dicho intercambio (lo cual es relevante a efectos de determinar el momento de perfección del contrato, así como el lugar de celebración del mismo). En concreto, analiza la posibilidad de realizar el intercambio de la oferta y de la aceptación a través de los siguientes medios: *a)* el telégrafo; *b)* el teléfono y la radio; *c)* el télex, el fax y el correo electrónico. Distingue en su estudio entre la contratación civil y la mercantil. Señala los casos en los que, aunque en realidad las partes no están físicamente presentes, la utilización de estos instrumentos de comunicación permite calificarlos como contratos entre partes presentes. Menéndez Mato concluye, tras examinar la jurisprudencia existente sobre la cuestión, así como los artículos 1262 CC y 51 CCO, que cualquiera de los medios de comunicación antes mencionados son aptos para realizar el intercambio de la oferta y la aceptación.

4.5. Finalmente, Menéndez Mato centra sus esfuerzos en el estudio de una cuestión de gran importancia práctica: el momento de perfección de un contrato. Para ello distingue tres tipos de contratos: *a)* contratos consensuales; *b)* contratos formales, y *c)* contratos reales.

4.5.1. Analiza, en primer lugar, los contratos consensuales. Señala que en nuestro ordenamiento la regla general es que los contratos se perfeccionan, en virtud del artículo 1262 CC, por el mero consentimiento de las partes, esto es,

por el intercambio de la oferta y de la aceptación (principio espiritualista). Expone, a continuación, las distintas teorías que existen sobre el momento de perfección de los contratos celebrados por partes no presentes (teoría de la emisión; teoría de la expedición; teoría de la recepción; y teoría de la cognición). Menéndez Mato afirma que en nuestro ordenamiento existen varias teorías aplicables, dependiendo de la calificación del contrato (civil o mercantil). Del artículo 1262 CC (aplicable a los contratos civiles), y del análisis de la jurisprudencia del TS deduce que en el ámbito civil rige la teoría del conocimiento, aunque en determinados supuestos se aplica la teoría de la recepción. Por lo que se refiere al ámbito mercantil, el autor afirma que la mayoría de la doctrina considera, conforme al artículo 54 CCO, que es aplicable la teoría de la emisión. Por último, examina los artículos 16.1, 18.2, 18.3 y 21 CV (aplicables a las compraventas internacionales de mercaderías), señalando, brevemente, las conclusiones que obtiene.

4.5.2. En lo relativo a los contratos formales, el autor afirma que este tipo de contratos se perfeccionan en el momento en que las partes prestan su consentimiento en la forma exigida (por la ley o por acuerdo previo de las partes). Por lo demás, se limita a señalar las diferentes calificaciones que realiza la jurisprudencia del TS respecto de los contratos denominados formales que carecen del requisito de la forma.

4.5.3. En lo concerniente a los contratos reales, Menéndez Mato señala, de manera concisa, que para la perfección de estos contratos se requiere no sólo el consentimiento de las partes, sino también la entrega del bien que constituye el objeto del contrato. Por otra parte, el autor se hace eco de las críticas doctrinales que recibe esta categoría de contrato.

5. Antes de finalizar la presente recensión he de manifestar que la monografía de Menéndez Mato es una obra interesante para los lectores atraídos por el tema de la oferta contractual. En ella encontrarán no sólo un estudio completo sobre la misma, sino también un análisis de diferentes cuestiones interrelacionadas con el objeto principal de la obra. El autor, para llevar a cabo su investigación, se apoya en las aportaciones doctrinales que existen sobre la materia y en la interpretación de diferentes textos normativos (leyes nacionales, Derecho comunitario, convenios internacionales). Por último, debe destacarse la continua remisión que realiza a la jurisprudencia del TS.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA  
Becario F. P. I.

**MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: *Los actos de administración de bienes gananciales realizados por el cónyuge titular o poseedor*, ed. Comares, Granada, 1998, 463 pp.**

Tal y como indica Rodrigo Bercovitz en el prólogo que realiza a esta obra, no es necesario poner de relieve a cualquier estudioso del régimen económico matrimonial las dificultades inherentes al tratamiento de temas relacionados con la sociedad de gananciales. La cotitularidad que ambos cónyuges ostentan sobre el patrimonio ganancial y la necesidad de encontrar formas de delimitación, y de gestión y disposición de dicho patrimonio adecuadas para el tráfico jurídico, constituyen la base de una regulación compleja. Por ello, a pesar de su concreción normativa, el artículo 1384 CC goza de una enorme importancia en el funcionamiento de la sociedad de gananciales, así como en el tráfico jurídico. A su estudio en profundidad se dirige la monografía objeto de esta recensión.

El artículo 1384 CC dispone que *serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren*. La primera cuestión que se plantea en relación con este precepto es, indudablemente, cuál sea la naturaleza jurídica predicable del mismo. Existen en la actualidad, principalmente, dos corrientes doctrinales a este respecto. La tesis que es hoy mayoritaria considera que el artículo 1384 CC no es sino una manifestación de la teoría de la apariencia —una *norma externa*—, dirigida a proteger a los terceros que confían en la titularidad del cónyuge titular o poseedor del bien, a través de la técnica de dotar de validez los actos de administración realizados por éste sobre bienes de naturaleza común. La protección de los terceros se produce por expresa intervención de la Ley, siempre que sean de buena fe, y sin que ello signifique atribuir al cónyuge que aparenta la titularidad exclusiva sobre el bien (porque lo detenta individualmente o porque se encuentra intitulado a su nombre) una verdadera legitimación para gestionarlo sin el consentimiento de su consorte. Por el contrario, la segunda de las corrientes doctrinales mencionadas califica la disposición contenida en el artículo 1384 CC como una norma de legitimación —una *norma interna*—, en el sentido de que vendría a atribuir una habilitación legal al cónyuge titular o poseedor para administrar individualmente determinados bienes gananciales (aquellos que se encuentren a su nombre o en su poder), sin necesidad de contar con la aquiescencia del otro y con independencia de que los terceros que con él se relacionan fueran o no de buena fe.

Al estudio crítico y minucioso de las tesis expuestas acerca de la naturaleza jurídica del precepto dedica la autora los dos primeros capítulos de su obra, para concluir con su adhesión a la corriente doctrinal que ve en el artículo 1384 CC una norma de legitimación, y no de mera apariencia.

En cuanto a la postura mantenida por el sector doctrinal mayoritario, que como hemos indicado estudia el artículo 1384 CC en clave de apariencia, considera la autora que la protección del tercero que se atribuye por estos autores al precepto, se suele enfocar bien como una apariencia de propiedad privativa, bien como una apariencia de poderes de gestión sobre bienes comunes. Respecto de la primera de ellas —la apariencia de propiedad privativa— los partidarios de esta teoría llevan a cabo una asimilación entre el artículo 1384 CC y el artículo 464 del mismo Cuerpo legal —y por extensión, el artículo 34 LH—, interpretados estos últimos desde la perspectiva de la tesis germanista, como normas de apariencia y de protección de los terceros de buena fe; equiparación que la autora niega con rotundidad analizando con detenimiento sus respectivas *species facti*, sus efectos legales, sus elementos personales y la buena fe exigible al tercero.

En lo que concierne a la denominada *species facti* de la apariencia, esto es, la situación objetiva en la que se funda la protección de los terceros (art. 464, la posesión mobiliaria; y art. 34 LH, la inscripción de las titularidades inmobiliarias en el Registro de la Propiedad) la autora plantea, a la vista del tenor literal del propio artículo 1384 CC, la aptitud de la posesión inmobiliaria para crear una apariencia de propiedad sobre el inmueble en favor de la persona que lo detenta. El precepto en cuestión dice a *cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, sin distinguir la clase de bienes —muebles o inmuebles a que se refiere—*, de modo que si lo interpretáramos en clave de apariencia esta indeterminación de la norma nos conduciría inmediatamente a afirmar que también se protege a través de él la apariencia de propiedad derivada de la posesión sobre un bien inmueble (*ubi lex non distinguit*). Pero, ¿puede la posesión jugar como *species facti* de la apariencia de propiedad sobre inmuebles? La autora, realizando un examen del



artículo 448 CC y acudiendo a una interpretación analógica del mismo, concluye que la función legitimadora derivada de la apariencia puede ser extensiva también a las situaciones de posesión de bienes inmuebles, tesis ésta que ha recibido expresa sanción legislativa en el artículo 13.3 LAU. Conclusivamente, parece, pues, que sí sería admisible considerar la posesión como *species facti* de la protección de la apariencia en la propiedad inmobiliaria, de tal manera que nada habría que oponer a la inteligencia mayoritaria del precepto, al menos desde la perspectiva de primer elemento de la *species facti*.

Centrándose ya en los efectos legales derivados de los preceptos mencionados, y como un posible argumento en contra de la interpretación del precepto en clave de apariencia, entiende la autora que mientras los artículos 464 CC y 34 LH fijan como definitiva la adquisición *a non domino* por un tercero de buena fe de un derecho real, el artículo 1384 CC legitima al cónyuge titular o poseedor para llevar a cabo actos de administración, sin que de ello se deriven efectos adquisitivos. Ahora bien, la consideración del artículo 1384 CC como una norma de apariencia tampoco estaría en entredicho —a pesar de todo lo expuesto— desde esta perspectiva de los efectos legales que produce, si se tiene en cuenta que la adquisición *a non domino*, como ha entendido buena parte de la doctrina, constituye sólo una de las numerosas manifestaciones en que se puede traducir la acción protectora de la buena fe de los terceros. La intervención del legislador dirigida a proteger la confianza de éstos en situaciones de apariencia no necesariamente debe manifestarse a través de la adquisición por ellos de un derecho real sobre la cosa, de modo tal que, siguiendo esta misma argumentación, en el artículo 1384 CC los efectos legales que la apariencia generaría se reducirían a la declaración de la eficacia frente al tercero de los actos de administración, y no a sancionar ningún otro efecto adquisitivo de derechos reales como en los artículos anteriormente mencionados.

A continuación, se analizan los preceptos desde el punto de vista de sus elementos personales: *versus dominus*, poseedor y tercero, con la clara intención de poner de manifiesto las diferencias existentes entre el artículo 1384 CC y los artículos 464 CC y 34 LH.

Concretamente, en relación con el tercero destinatario de la protección, hay que comenzar constatando que en el artículo 1384 CC, frente a lo que sucede en los artículos 464 CC y 34 LH, no puede hablarse de un tercer adquirente, sino de un tercero que entabla una relación jurídica destinada a la gestión de un bien ganancial, confiando en la titularidad del cónyuge contratante. Pero aún se pueden apreciar otras dos diferencias. El artículo 464 CC protege a un tercero que de buena fe hubiera adquirido una cosa mueble, merced a un título procedente de persona distinta al *dominus (tradens)*, que a su vez hubiera accedido a la posesión de la misma a resultas de una relación jurídica previa con el *versus dominus*. ¿Se debe supeditar igualmente en el artículo 1384 CC la protección del tercero a la existencia de un acto precedente entre ambos cónyuges (*versus dominus-tradens*)? La respuesta ha de ser negativa, ya que en materia matrimonial la doble relación jurídica [*versus dominus-tradens, tradens-tercero*] goza de una interpretación más flexible, como lo demuestra la norma contenida en el artículo 1320 CC respecto de la vivienda familiar. De este modo, la circunstancia de que el cónyuge poseedor hubiera accedido a la detentación del bien sin haber mediado relación jurídica previa con su consorte, no sería suficiente para descartar la interpretación del artículo 1384 como norma de apariencia.

La segunda de las diferencias indicadas, desde la perspectiva del tercero, atañe al artículo 34 LH que exige que el título del cual derive la transmisión sea

válido, de acuerdo con el artículo 33 LH, ya que la inscripción no convalida actos o contratos nulos. *Ex artículo 1322 CC*, la administración y disposición de bienes comunes realizada por un cónyuge sin el preceptivo consentimiento de su consorte es anulable, razón por la cual, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 33 LH, la aplicación del principio de fe pública registral no sería posible. No obstante, la autora considera que esta discusión no es importante para rebatir la interpretación del artículo 1384 como norma de apariencia, ya que, salvo en el caso del arrendamiento, los actos que en dicho precepto se mencionan no tienen acceso al Registro de la Propiedad, por lo que los terceros mercedores de protección no deben ajustarse a los requisitos del artículo 34 LH.

Pues bien, si hasta este punto la autora parecía no haber encontrado un apoyo sólido para refutar la calificación del precepto que comenta como norma de apariencia, es al analizar el requisito de la buena fe del tercero cuando nos ofrece una serie de convincentes argumentos que justifican que se incline a favor de su inteligencia como norma de legitimación. Parte, en efecto, de la constatación de que el argumento ético de la buena fe del tercero ha pasado a ser la nota prevalente en la construcción de la teoría de la apariencia, de tal modo que, para que el artículo 1384 fuera una manifestación de este principio, es obvio que debería concurrir como requisito indispensable la exigencia de la buena fe del tercero que entabla la relación con el cónyuge titular o poseedor del bien ganancial. Tal exigencia subjetiva en el tercero ofrece, para la autora, graves inconvenientes:

1.º La existencia de la presunción de ganancialidad de los bienes maritales hace difícilmente justificable la confianza del tercero en su carácter privativo. ¿Cómo se puede compatibilizar esta presunción con la máxima que indica que «la presunción equivale a título», esto es, con la presunción de propiedad privativa derivada de la posesión?

2.º La doctrina mayoritaria ha entendido, respecto del artículo 464 CC, que para poder considerar al tercero de buena fe, no es suficiente con que éste ignorese o creyese que el *tradens* poseedor del bien era el verdadero propietario, sino que además sería necesario que tal creencia fuera razonable, lo que se traduce en una especial diligencia exigible al tercero en la verificación del sentido de los signos exteriores que constituyen la *species facti* de la apariencia. Por el contrario, en lo que concierne al artículo 1384, fue el propio legislador el que señaló que el fundamento de este precepto no era otro que fortalecer el crédito de cada uno de los cónyuges frente a terceros *evitando enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero invertido en la adquisición del bien*. Ello no parece encajar bien con las interpretaciones actuales sobre el significado de la buena fe en materia de apariencia, que obligarían al tercero, para poder gozar de tal protección, no sólo a confiar en la intitulación individual del bien, sino también a cerciorarse de la naturaleza de los fondos –privativos o gananciales– que se entregaron como contraprestación en su adquisición.

3.º En el tenor del artículo 1384 CC no existe una referencia explícita a la buena fe. Ante este hecho, la doctrina partidaria de la interpretación del precepto como norma de apariencia ha sugerido tradicionalmente su integración con los artículos 1295.2 y 1391 CC, que impiden el ejercicio de la acción de rescisión cuando el adquirente es de buena fe. Frente a esta interpretación, argumenta la autora que la mala fe no representa en estos casos más que un requisito para el ejercicio de la acción rescisoria, de tal modo que si el tercer adquirente fuera de buena fe no podría ser rescindida su adquisición, pero no en virtud de la aplicación de la teoría de la apariencia sino porque sus intereses son tan dignos de pro-

tección como los del acreedor perjudicado. Por lo tanto, no puede argüirse lo dispuesto en el artículo 1391 para integrar el artículo 1384 CC en clave de la protección de la apariencia.

4.º Dentro del ordenamiento francés conviven, al igual que sucede en el nuestro, dos normas similares: el artículo 222 *Code*, correlativo de nuestro artículo 1384, —que condiciona explícitamente la eficacia de la adquisición a la existencia de buena fe— y el artículo 2279 *Code*, correlativo a nuestro artículo 464. Ambos preceptos tienen por objeto actos dispositivos sobre muebles individualmente detentados por un *non dominus* que son transmitidos a un tercero, el cual adquiere *a non domino* en virtud de la protección que el ordenamiento dispensa a su confianza en la apariencia de propiedad mobiliaria derivada de la posesión, esto es, en razón de su buena fe. No obstante esta coincidencia en lo esencial, el artículo 222 *Code* tiene un ámbito de aplicación más amplio que el artículo 2279, así como una mayor flexibilidad a la hora de valorar los requisitos de protección del tercero, y ello justifica su presencia dentro de la regulación matrimonial, así como el hecho de que haya desplazado en este ámbito la aplicación de la norma general del artículo 2279. Su finalidad principal sigue siendo, sin embargo, la protección de las situaciones de apariencia.

Por el contrario, en el Derecho español no se ha pretendido, en ningún momento a través de lo dispuesto en el artículo 1384, cerrar el paso a la aplicación del artículo 464 dentro de la sociedad de gananciales, ya que su ámbito objetivo es más reducido: aquél se refiere exclusivamente a los actos de administración y no cubre los supuestos de disposición individual, debiendo añadirse que la intervención de la apariencia suele tener por objeto los actos de disposición y no los de mera administración. Ambas reflexiones vuelven a convertirse, a juicio de la autora, en inconvenientes para admitir esta interpretación del artículo 1384 CC.

5.º El artículo 1384 rige exclusivamente en sede de régimen de gananciales y, sin embargo, es perfectamente posible que en los regímenes de separación o participación se produzcan situaciones de apariencia de propiedad igualmente dignas de protección. Si se entendiera que el artículo 1384 es una norma de protección de la apariencia, debería, como el artículo 222 *Code*, haberse situado entre las disposiciones que conforman el régimen matrimonial primario.

6.º El derecho de reembolso del que goza el *verus dominus* frente al *traudens*, que necesariamente interviene en cualquier manifestación de la teoría de la apariencia no aparece mencionado en el artículo 1384 CC.

7.º Se suele afirmar que la protección de la apariencia tiene como finalidad la seguridad y agilidad del tráfico jurídico y ello sería acorde con lo señalado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil que introdujo el artículo 1384 CC, al manifestar que este precepto responde a la necesidad de agilizar el tráfico *evitando a los terceros enojosas investigaciones acerca de la naturaleza de los bienes*. Sin embargo, la autora opone a estas tesis el hecho de que en la actualidad se esté abriendo paso otra concepción de carácter ético que sitúa a la teoría de la apariencia en el terreno de la equidad, lo cual afecta al entendimiento del artículo 1384 como una manifestación de tal principio, ya que en dicho precepto no son éstos sino aquéllos —seguridad y agilidad del tráfico jurídico— los elementos preponderantes.

8.º El artículo 1384 es una norma dispositiva, susceptible de ser desplazada por pacto en contrario de los cónyuges. Si se entendiera que es una norma de apariencia, ello significaría que, por un lado, habría que entender que ha sido dictada con el fin de proteger los intereses de los terceros de buena fe, que son ajenos a los de los cónyuges; pero, por otro, habría que admitir, en virtud de lo dis-

puesto en el artículo 1375 CC, la posibilidad de que tal protección pudiese ser derogada por un simple acuerdo de éstos. No cabe duda de que si se tratara de una norma de apariencia, el legislador la habría dotado de carácter imperativo y no meramente dispositivo.

9.º Para los seguidores de la tesis que interpreta el artículo 1384 CC en clave de apariencia, el artículo 94.2 RH no sería sino una aplicación de aquél en el ámbito registral, ya que ambos poseen la nota común de proteger una apariencia de titularidad individual sobre un bien común –derivada, en el segundo caso, de la intitulación registral a nombre de uno de los cónyuges–, así como similares consecuencias, a saber, la validez del acto. A pesar de ello, existe un grave inconveniente para la consideración de ambos preceptos como normas de apariencia. Si se pone en relación el artículo 94.2 RH con el artículo 93.4 RH, resultaría que el titular registral se encontraría legitimado para realizar determinados actos sobre el bien intitulado a su nombre –artículo 94.2–, incluso en el supuesto de que su naturaleza ganancial fuera objeto específico de publicidad en el Registro –artículo 93.4–, conclusión ésta que no se aviene con la teoría de la apariencia ni con las necesidades de protección de los terceros a que ésta responde, y que conduce a la afirmación de que el artículo 94.2 no es una manifestación de tal principio. El argumento que se apoya en este último precepto para defender la naturaleza de norma de terceros del artículo 1384 CC está, pues, llamado a fracasar.

10.º Finalmente, destaca la autora, para rechazar la incardinación del artículo 1384 CC en la teoría de la apariencia, que este precepto no es sino una excepción a la regla de cogestión del artículo 1375 CC. No cabe duda de que este último es una norma sustantiva o de legitimación cuya eficacia no está en función de la buena o mala fe de los terceros y de ello se deduce claramente que el artículo 1384 CC, que contiene una excepción a la regla general, no debe tener una naturaleza diversa a la norma a la que excepciona.

Descartada de este modo la inteligencia del precepto como una manifestación del principio de protección de la apariencia, entendida ésta como apariencia de propiedad privativa, se procede al análisis de otra de las facetas de aquélla: la apariencia de poderes de gestión sobre ciertos bienes comunes, entendiendo en este sentido cierto sector doctrinal que el artículo 1384 tendría por objeto salvar la eficacia o validez de los actos realizados por el cónyuge que carecía de una específica habilitación para emprenderlos, pero que, en apariencia, aparecía dotado de ella. El origen de esos hipotéticos poderes podría ser legal o convencional.

En lo que se refiere a las numerosas opiniones que han creído hallar en el artículo 1384 CC una norma de apariencia que presume frente a terceros la legitimación convencional del cónyuge titular o poseedor para gestionar los bienes comunes, la autora sistematiza y critica los diversos planteamientos sugeridos:

1.º Presunción *iuris et de iure* de que el cónyuge poseedor o titular ha recibido un *consentimiento general* de su consorte para realizar actos de administración. Según esta interpretación, los presupuestos de la posesión o intitulación individual de bienes comunes por un consorte implicarían la aquiescencia del otro al desarrollo por aquél de actos de administración sobre los mismos. La autora encuentra como obstáculo al sostenimiento de esta tesis la literalidad del artículo 1375 CC –«... *sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes*»– y, por tanto, la consideración del artículo 1384 como una excepción a la regla de cogestión que aquél establece, ya que a través de ella se llegaría al absurdo de entender que este precepto, como excepción a la citada regla de

cogestión, conlleva el consentimiento exigido por la regla general del artículo 1375, al cual precisamente trata de excepcionar.

2.º Presunción de existencia de un *mandato* para gestionar bienes gananciales. De acuerdo con este presupuesto se entiende que el artículo 1384 es una norma de apariencia, a través de la cual se trataría de proteger la creencia de los terceros acerca de la existencia de un mandato entre los cónyuges, cuyo objeto sería la gestión de los bienes comunes y que aparecería exteriorizado a través de unos signos aparentes –posesión o intitulación–. La autora objeta a esta interpretación algunos de los argumentos generales en contra del entendimiento del precepto como norma de apariencia (su ubicación exclusiva dentro del régimen de la sociedad de gananciales, su conexión con la regla del artículo 1375 CC, el elemento subjetivo de la buena fe...).

3.º Presunción de acuerdo de atribución de la condición de *órgano de gestión* de la sociedad de gananciales. La posibilidad en sí de este tipo de acuerdos se encuentra admitida en el artículo 1375 CC, con la exigencia formal de su constancia en capitulaciones matrimoniales. La diferencia fundamental entre este supuesto y los anteriores es que aquí el cónyuge actuante ejerce poderes propios, mientras que en los supuestos ya analizados ejercía poderes propios y de su consorte. Frente a quienes creen que el artículo 1384 CC presume frente a terceros este tipo de acuerdos, la autora arguye una objeción formal, cual es la necesidad de que éstos, relativos a la ordenación de la gestión del consorcio conyugal, consten, como ya se ha indicado, en capitulaciones matrimoniales, siendo, por el contrario, el acuerdo contenido en el artículo 1384 de carácter tácito y cuya existencia se derivaría en su caso de las situaciones de posesión o intitulación individual.

Con el examen de estas opiniones termina la autora el capítulo I de la monografía, descartando expresamente que el artículo 1384 CC pueda ser considerado como una manifestación más del principio de protección de la apariencia. Dentro de su planteamiento, este precepto es norma de legitimación sustantiva que atribuye poderes de gestión sobre el bien común al cónyuge que lo detenta o a cuyo nombre se encuentra intitulado, con independencia de si los terceros que contratan con él son o no de buena fe. No obstante, en el seno de esta misma concepción, conviven diferentes opiniones, a las que la autora presta su atención en el capítulo II de su monografía:

1. Aquellas que sostienen que el precepto contiene una norma de habilitación sustantiva que acoge los modos habituales de disposición de bienes en el tráfico jurídico, partiendo para ello de la consideración de que el régimen de la sociedad de gananciales no puede excepcionar las reglas de derecho común sobre el tráfico de los bienes, que atribuyen la legitimación para administrar y disponer de los mismos a su titular individual. Ahora bien, señalan que en el caso de los bienes comunes esta titularidad es sólo formal y no contradice la idea comunitaria del consorcio conyugal. Así, mientras en las relaciones externas la legitimación corresponde al cónyuge en el que recae la condición de titular exclusivo del bien, *ad intra* dicho bien mantiene, a pesar de su intitulación individual, la consideración de bien común, sin necesidad de diferir esta condición al momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Se sostiene, en suma, que el artículo 1384 contiene una habilitación derivada de la mera titularidad formal y que su ámbito es el propio de las relaciones entre cónyuges.

La autora critica esta inteligencia del precepto afirmando que la reducción de la regulación de la sociedad de gananciales exclusivamente a la esfera interna del consorcio es absolutamente errónea, ya que las normas sobre gestión y pasivo de

dicha sociedad han sido dictadas tanto para la organización interna como para las relaciones que los cónyuges entablen con terceros, como lo demuestra, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 1322 CC.

2. Hay quien sostiene que el artículo 1384 no es sino una norma habilitante de idéntico contenido al artículo 1382 CC. Esta doctrina se centra exclusivamente en la disposición de numerario ganancial, siendo la norma del artículo 1384 más extensa que la del artículo 1382, que permite confiar a cada esposo la decisión sobre la inversión, dentro de la sociedad de gananciales, del dinero que cada uno gana y que, por lo mismo, se encuentra en una cuenta propia.

3. Otros autores consideran el precepto como norma de habilitación que prevé un mandato tácito entre los cónyuges para administrar y disponer de bienes, dinero y títulos valores. La autora plantea a esta tesis la misma objeción que mantuvo en sede de apariencia, al ser este precepto una excepción a la regla general de cogestión contenida en el artículo 1375.

4. La concepción del artículo 1384 como una norma de habilitación que atribuye legitimación a uno de los cónyuges, derivada de la existencia de un acuerdo entre los consortes, conlleva la alusión por parte de la autora, como ya hizo en sede de apariencia, a los requisitos especiales de forma y publicidad exigidos por el artículo 1375 para la validez de este tipo de acuerdos.

5. Por último, hay quienes sostienen que el precepto en cuestión no hace sino traducir el régimen francés (ya derogado) de los bienes reservados, los cuales venían a constituir una masa patrimonial sometida a la exclusiva administración de la mujer, e integrada por los salarios que obtuviera en el ejercicio de una profesión separada de la de su marido, los ahorros procedentes de ellos y los bienes que la mujer hubiera adquirido mediante su inversión. El fundamento de la existencia de este régimen especial no era otro que el intento de sustraer en cierta medida los ingresos profesionales de los cónyuges de las reglas de gestión aplicables al resto de bienes comunes, y aplicarles el principio del manejo individual por parte del cónyuge perceptor.

No considera la autora que esta equiparación sea acertada. En primer lugar, porque no es posible afirmar que ambos supuestos gocen de un mismo fundamento. En segundo lugar, porque desde la óptica de las facultades de gestión sobre los bienes, la habilitación del artículo 1384 se limita a los actos de administración de determinados bienes comunes, mientras que la legitimación para disponer que caracterizaba el régimen de los bienes reservados se reconoce exclusivamente en relación con el dinero o los títulos valores. En tercer lugar, los bienes reservados en el sistema francés gozaban de un régimen especial de responsabilidad caracterizado por su vinculación a las deudas contraídas por la mujer; sin embargo, dentro de nuestra regulación legal de la sociedad de gananciales, en ningún momento se contempla un régimen de responsabilidad diferente para los bienes comunes a que se refiere el artículo 1384 –bienes a nombre o en poder de uno de los consortes– de acuerdo con el cual éstos tuvieran que responder de cualquier obligación contraída por el cónyuge titular o poseedor. Y en cuarto y último lugar, señala que para los bienes reservados se admitió el denominado «*échange*», según el cual, cuando un bien sustituía el lugar que tenía otro dentro del peculio reservado, automáticamente pasaba a considerarse de la misma condición. Ello no acontece en el artículo 1384, ya que si se enajena un bien de titularidad de uno de los cónyuges o que estuviera en su poder y se adquiere otro posteriormente, no se atribuye a éste la condición que aquél tenía.

Realizadas las objeciones expuestas a algunas de las interpretaciones del artículo 1384 entendido como norma de legitimación, en el tercer y último capítulo de su obra, la autora procede a analizar crítica y pormenorizadamente dicho precepto, con el fin de ofrecernos la concepción que del mismo propugna, como norma sustantiva alejada de los postulados de la teoría de la apariencia.

Comienza su análisis con el estudio de la previsión «*son válidos*». La dicción del precepto comentado confiere «*validez*» a determinados actos y ello no concordaría con la concepción del artículo 1384 como norma de apariencia, dado que este principio tiende a dotar de *eficacia* la transmisión, consolidando el dominio definitivo del terceros sobre el bien, pero sin influir en la *validez* del acto mismo de enajenación de cosa ajena.

Se pregunta a continuación la autora por la naturaleza atribuible a la habilitación contenida en el precepto para administrar bienes comunes en nombre o en poder de uno de los cónyuges, llegando a las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> El artículo 1384 ha de ser considerado como una norma de legitimación sustantiva para gestionar bienes gananciales, fundamentalmente por tres razones. Primero, porque el precepto es una norma dispositiva, tal y como se deduce del artículo 1375 CC, que puede ser desplazada por pacto en contra que conste en capitulaciones matrimoniales, lo cual no concordaría bien con su entendimiento como norma de protección de los terceros de buena fe. En segundo lugar, porque el mencionado precepto limita su ámbito de aplicación a la sociedad de gananciales, cuando es factible que en los regímenes de separación o participación se generen situaciones de apariencia igualmente merecedoras de protección, pareciendo, en suma, que se ha querido proteger sólo a determinados terceros, a saber, los que se relacionan con una persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales. Y en último lugar, existen enormes dificultades para encajar el elemento de la buena fe dentro del ámbito de este precepto; dificultades derivadas no tanto de su falta de mención expresa, cuanto del contenido mismo que la buena fe ha de recibir en el contexto del régimen de la sociedad de gananciales, dado el juego del principio de subrogación real merced al cual los bienes adquiridos con fondos privativos son privativos y los adquiridos con fondos gananciales gozan de este carácter, no siendo relevante si adquirió uno o ambos cónyuges. De acuerdo con ello, los terceros mercedores de protección no serán de buena fe simplemente cuando se hubiesen limitado a confiar en la situación de mera titularidad formal individual de uno de los cónyuges, sino que se les exigirá igualmente la convicción de que los fondos invertidos en la adquisición del bien eran privativos de ese cónyuge, lo cual supondría un aumento de la carga de diligencia que normalmente se exige a los terceros para considerarlos de buena fe. Si a ello se une el dato de que en la discusión parlamentaria del precepto se dijo que éste tenía como finalidad exonerar a los terceros de la carga de investigar la cualidad de los bienes, ello nos conduce necesariamente a su inteligencia como una norma de legitimación.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la autora afirma que el precepto tiene la siguiente finalidad: *asegurar la protección de la confianza en la situación de apariencia de propiedad derivada de la intitulación individual sobre un bien concreto, sin imponer al tercero la carga de constatar ese otro elemento que, junto a la titularidad individual, determina que los bienes ostenten la calificación de privativos, a saber, la procedencia privativa de la contraprestación entregada para su adquisición*. Y la norma se aplica sólo en el régimen de gananciales porque éste es el único donde se presenta el problema específico que, en el juego de la apariencia de propiedad, plantea el principio de subrogación real. Dicho en otras palabras, *este precepto*

*atribuye una legitimación para gestionar al cónyuge que en el tráfico aparenta ser el propietario del bien, con el fin de asegurar el juego de la apariencia en un ámbito —el régimen de sociedad de gananciales— donde su aplicación, merced al principio de subrogación real, resultaría de otro modo difícilmente practicable.*

2.<sup>a</sup> La norma de legitimación contenida en el artículo 1384 posee un carácter formal, carente de todo fundamento sustantivo, tal y como se desprende de su comparación con los artículos 1387, 1388 y 1389 CC. A través de lo dispuesto en el precepto comentado, el legislador no ha tratado tanto de facilitar los actos de gestión a efectos internos del consorcio —como sucede con los artículos 1381 y 1382—, cuanto de favorecer la seguridad del tráfico jurídico y de los terceros, a través de una legitimación que, al margen de este objetivo, carecería de justificación. Por esta razón, la autora defiende la naturaleza meramente formal de los poderes de gestión que se atribuyen al cónyuge titular o poseedor en el artículo 1384 CC, en el sentido de que se encuentran desprovistos de una fundamentación sustantiva propia que no sea el favorecimiento del tráfico jurídico, y de esta especialidad con respecto al resto de normas de gestión individual se deriva —a su juicio— un régimen específico para su aplicación y ejercicio.

3.<sup>a</sup> Ámbito de aplicación de la legitimación contenida en el artículo 1384. El hecho de que sea en el campo de las relaciones con terceros donde alcance plena virtualidad la disposición del precepto, no significa que no sea del mismo modo plenamente eficaz en las relaciones internas, sino todo lo contrario: los actos vincularán al consorte y a la sociedad de gananciales, si han tenido lugar dentro de los límites que el artículo 1384 fija. *El carácter formal del precepto se trasluce en otros aspectos como en la posibilidad de que el cónyuge que no es titular ni poseedor de los bienes en liza conserve ciertas prerrogativas en su administración, tanto en lo concerniente a la posibilidad de que acceda a la cogestión como en el reconocimiento de un derecho a oponerse a los actos concretos que realice su consorte, oposición que gozará de plena eficacia si el tercero la conocía.* Si dicho tercero no tenía conocimiento de la misma, el acto vinculará al cónyuge a pesar de su oposición.

Llegados a este punto, la autora acomete el estudio del supuesto de hecho de la norma que comenta: los bienes a nombre o en poder del cónyuge.

Comienza afirmando que el artículo 1384, aunque es norma de legitimación, recibe la *species facti* de la apariencia de propiedad, esto es, la posesión o la intitulación formal de uno solo de los cónyuges sobre un bien común. La doble circunstancia de que el precepto sea una norma de legitimación, que consagra sin embargo la atribución de facultades de gestión al cónyuge que aparenta la condición de propietario único, condiciona el análisis de sus presupuestos y, por ello, de entre los elementos que intervienen normalmente en la aplicación de la teoría de la apariencia, habrá que prescindirse de aquéllos que evoquen la buena fe del tercero, mientras que, por el contrario, aquellos otros elementos que sientan las bases de la apariencia protegible deberán conservarse pues, en último término, en ellos se ha inspirado el precepto para derivar una legitimación individual sobre la masa común.

Partiendo de esta premisa, ¿qué ha de entenderse por bienes en poder? Son analizados tres supuestos: servidor de la posesión, posesión mediata y posesión inmediata.

1. Los casos denominados como de servidumbre de la posesión no pueden ser incluidos en el supuesto de hecho de la norma, ya que ambos cónyuges, como cotitulares, son poseedores del bien. Uno de ellos no puede ser considerado, en relación con los bienes gananciales por él detentados, como un servidor de la posesión ajena.



2. En relación con la posesión mediata, es posible concebir un supuesto en el que el cónyuge poseedor del bien cediera su disfrute a otra persona –poseedor inmediato– a través de una relación que le permitiera conservar una situación posesoria jerárquicamente superior, a título de dueño –posesión mediata–.

¿Sería entonces apta esta posesión mediata para generar una imagen de propiedad privativa frente a terceros y derivar, por tanto, la legitimación del artículo 1384? La autora señala la necesidad de distinguir dos supuestos:

– El caso en que la posesión inmediata la ostentase un tercero. La mayoría de la doctrina considera que en estos supuestos hay unos signos exteriores del señorío espiritualizado en que consiste la posesión mediata y que, por tanto, al haber una apariencia de propiedad privativa, debe aplicarse el artículo 1384. Frente a esta doctrina, la autora afirma que la solución ha de ser la contraria, debiendo excluirse del ámbito de esta norma la situación de posesión mediata ostentada por uno de los cónyuges y ello fundamentalmente porque en la discusión parlamentaria del precepto se incidió en el hecho de que la citada facultad de gestión tenía como fundamento una situación previa de aquiescencia que el otro cónyuge puede suspender a su voluntad y con ello paralizar, si lo desea, la actuación de este artículo, y parece claro que el cónyuge no legitimado nunca podrá «suspender a su voluntad» la situación de posesión mediata surgida de una relación jurídica entablada entre su consorte y un tercero –poseedor inmediato–.

– El supuesto en que la posesión inmediata la ostenta el otro cónyuge. Si ha habido un acuerdo entre ambos esposos en el sentido de transmitir a uno de ellos la posesión inmediata de determinados bienes, la posesión mediata por el otro cónyuge no puede crear una apariencia de propiedad exclusiva a favor de éste, porque lo que se crea es una apariencia de «cotitular legitimado», no de dominio pleno; no se crea ante terceros la imagen de propiedad exclusiva. Por tanto, no cabe reconocer la facultad de realizar de modo individual válidamente actos de administración sobre el bien común, en el sentido del artículo 1384, al cónyuge que cedió el disfrute efectivo del mismo a su consorte. Por el contrario, si no ha existido un acuerdo entre ambos cónyuges, sino «despojo» por un consorte de la posibilidad de disfrute del bien al otro, el cónyuge que sufrió el despojo no está legitimado en el sentido del artículo 1384 porque la detentación que ostenta el cónyuge despojante es en concepto de dueño y por ello elimina toda posibilidad de que pueda apreciarse una apariencia similar en la persona del despojado.

3. Por último, en los casos de posesión inmediata por un cónyuge, ha de distinguirse según si los bienes objeto de posesión poseen naturaleza mueble o inmueble. En el primero de los supuestos, deberán analizarse los requisitos contenidos en el artículo 464 CC y extrapolarlos al artículo 1384. En definitiva, puesto que este último es, a juicio de la autora, una norma que atribuye una legitimación de gestión al cónyuge que *aparenta* ser el propietario exclusivo del bien, de ello se infiere que la posesión a que se alude en el precepto (bienes «en cuyo poder se encuentren») debe reunir los requisitos que se exigen en el ámbito del artículo 464 CC:

– En cuanto a la detentación material del bien, no sólo se trata de una aprehensión corporal, sino que ha de tenerse en cuenta el fenómeno de espiritualización de la posesión que ha venido produciéndose en los últimos tiempos y, así, «en cuyo poder» no significa tanto que el cónyuge deba ostentar en todo momento la aprehensión corporal del bien, cuanto que ejerza un señorío fáctico apto para generar en los terceros la creencia de que es el auténtico *dominus* del bien mueble (ganancial).

– La posesión ha de ser en concepto de dueño (*animus domini*), lo cual plantea el siguiente problema: si se estima que el *animus domini* constituye un requisito propio de la *species facti* de la apariencia de propiedad en que consiste la posesión, deberá también exigirse en el artículo 1384; si, por el contrario, se considera como un requisito del que únicamente depende la buena fe del tercero, entonces su aplicación a este último precepto será mucho más discutida, dada su naturaleza de auténtica norma de legitimación cuyos efectos se producen sin tener en cuenta la buena o mala fe de las personas que contraten con los cónyuges.

El que la posesión sea en concepto de dueño se exige por el artículo 464, pero también por el artículo 448 CC, cuya función no es proteger los intereses de terceros de buena fe, sino favorecer al poseedor del bien, facilitándole el ejercicio de su derecho de propiedad sin necesidad de probar la titularidad en razón de la apariencia de dominio que se deduce de su detentación individual. Ello conduce a afirmar que la exigencia de que la posesión sea en concepto de dueño está en relación con la creación de la apariencia (*species facti*) en general y no específicamente con la buena fe de los terceros y, por consiguiente, cabe extender su aplicación al artículo 1384.

– Inequivocidad de la posesión, esto es, que frente a terceros no sea dudosa la concurrencia de la situación posesoria en manos de una sola persona. Analiza la autora en este punto las dos concepciones que existen en la doctrina francesa acerca de la equivocidad. De acuerdo con la primera de ellas, cuya aplicación propugna para el Derecho español, no es equívoca la posesión del bien mueble cuando sea claramente perceptible para el tercero que aquella se encuentra en manos de una persona, de tal modo que no le quepa duda acerca de que sólo ella es la verdadera poseedora –y propietaria– del bien. No considera, por el contrario, aplicable la concepción francesa que considera que hay equivocidad cuando existe una inscripción a favor de persona distinta en un registro mobiliario, y ello porque, en primer lugar, dado el artículo 1384 no tiene en cuenta la buena fe del tercero, no sería de recibo imputarle las consecuencias negativas de la falta de comprobación de las titularidades registrales. Además, en segundo lugar, los registros mobiliarios, a diferencia de lo que acontece con el Registro de la Propiedad, no prevén reglas específicas para los asientos que tienen por objeto bienes cuya titularidad corresponde a una persona casada bajo el régimen de gananciales, esto es, no publican su carácter privativo o ganancial. Así, aunque se exigiera en el marco del precepto la comprobación por el tercero de los asientos registrales correspondientes al bien o bienes muebles individualmente detentados por los cónyuges, ninguna información cabría extraer de ellos acerca de la naturaleza común o propia de esos bienes, dado que estos registros no informan –a diferencia del Registro de la Propiedad– sobre el carácter ganancial o privativo de los fondos invertidos en la adquisición de tales bienes.

Centrándose ya en el estudio de la posesión inmediata sobre bienes de naturaleza inmueble, se plantea *prima facie* la cuestión acerca de la posible aplicación del artículo 1384 a la posesión individual por un cónyuge de este tipo de bienes –dado que el artículo 222 *Code* y el artículo 184 *Codice*, equivalentes al precepto que se comenta, limitan su aplicación a los bienes muebles–, a lo que la autora responde afirmativamente, teniendo presente la literalidad de la norma y el hecho de que la apariencia de propiedad goza también de reconocimiento y protección legal en materia inmobiliaria. Ahora bien, la posesión por un cónyuge del bien inmueble ganancial debe reunir unos requisitos para poder entrar dentro de la órbita de aplicación del precepto. Debe desplegarse un señorío fáctico sobre el bien en cuestión, esto es, debe ejercerse cierta actividad sobre la cosa detentada, de tal modo que el

hecho posesorio esté dotado de suficiente visibilidad, lo cual se logrará cuando el cónyuge poseedor venga operando en el tráfico como titular único del bien. Igualmente es aquí necesaria una posesión en concepto de dueño, de carácter inequívoco.

A diferencia de lo que acontecía con relación a los bienes muebles, la autora considera que, respecto de los bienes inmuebles, sí es exigible la inexistencia de una inscripción en el Registro de la Propiedad para que entre en juego el artículo 1384, dado que éste sí prevé un régimen específico de asientos, para las personas casadas en sociedad de gananciales, apto para dar a conocer a terceros la privatividad o ganancialidad de los bienes. Fundamenta esta posición señalando que si se defiende la subordinación de la posesión inmobiliaria al Registro de la Propiedad, en atención a que éste constituye un medio privilegiado de publicidad y de creación de apariencias, parece que dicha subordinación debería también mantenerse en el ámbito del artículo 1384. Es más, el tercero que confía en la situación de apariencia sin constatar la situación registral no es de buena fe y aunque se ha prescindido de este criterio subjetivo como integrador del precepto –no debe obviarse, como se ha indicado, la discusión parlamentaria del Proyecto–, no tener en cuenta estas inscripciones registrales significaría la exoneración a estos terceros de la obligación de consulta de los asientos registrales. No parece lógico pensar que una *norma de legitimación* haya consolidado como lícita la negligencia del tercero al no constatar el carácter privativo o ganancial de los bienes publicado en el Registro.

Finalmente, se pregunta la autora acerca del origen de esa posesión ostentada individualmente por un cónyuge sobre un bien mueble o inmueble ganancial y concluye que la misma puede derivar de un acuerdo de los cónyuges –de conformidad con el artículo 1323 CC–, o bien de un despojo ilícito por un cónyuge al otro, situación esta última que encuentra cabida en el artículo 1384 porque, como ya hemos indicado, su fundamento es la protección de la apariencia de propiedad privativa y ello no obsta para que el cónyuge despojado pueda acudir a los medios de defensa de la posesión que el ordenamiento prevé.

Analizados ya los supuestos de bienes *en poder* de uno de los cónyuges, se acomete el estudio de la segunda de las hipótesis recogidas en la norma: los bienes a *nombre* de uno de los cónyuges, para diferenciar aquí nuevamente según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primero de los casos –titularidad de uno solo de los cónyuges sobre bienes muebles–, se comienza constatando que existen dos tipos de registros que publican titularidades mobiliarias: los registros de carácter civil, que poseen una eficacia similar al Registro de la Propiedad en materia de inmuebles; y registros de carácter meramente administrativo. Respecto de los primeros, y en relación con el artículo 1384, la adquisición por cualquiera de los cónyuges de alguno de los bienes muebles que tienen un régimen específico para la publicidad de sus titularidades en estos registros, con la consiguiente inscripción a su nombre, debe ser requisito suficiente para que, frente a terceros, dicho cónyuge pueda llevar a cabo actos de administración, al haberse creado una apariencia de titularidad exclusiva. Y a la misma solución ha de llegarse respecto de los otros registros mencionados, ya que, aunque posea una eficacia de carácter administrativo, puede generar igualmente una apariencia protegible.

Respecto de las titularidades de bienes muebles formalmente documentadas, pero que aún no han tenido acceso al Registro, como el artículo 1384 tiene como finalidad evitar a los terceros la carga de averiguar la naturaleza de los bienes intitulados a nombre de uno de los cónyuges, también estos supuestos deben ser incluidos en el ámbito del precepto.

En el segundo de los casos reseñados, esto es, titularidad individual de bienes inmuebles, si dicha titularidad deriva de una inscripción registral en cualquiera de los supuestos recogidos en el artículo 95 RH –inscripción de bienes inmuebles comunes con la indicación de que adquieren para la sociedad de gananciales; acreditación mediante documento público del carácter privativo del precio o contraprestación con que se ha adquirido el bien; confesión por un cónyuge del carácter privativo de los bienes de su consorte– no puede reconducirse al ámbito del artículo 1384, porque el mismo asiento está dando publicidad a la procedencia de los fondos invertidos en la adquisición de los bienes y, por lo tanto, no se generan apariencias dudosas acerca de su titularidad. La expresión «a nombre de», referida a los inmuebles, podría hacer alusión a aquellos bienes inscritos a través del cauce del artículo 94.1 RH –inscripción de bienes como presuntivamente gananciales–, si bien es discutido el hecho de que con esta inscripción se cree o no una apariencia de ganancialidad que deje el supuesto fuera del ámbito de aplicación del artículo 1384.

Si la titularidad inmobiliaria no deriva de una inscripción registral, sino de un documento público en el cual se mencione como adquirente del bien a uno solo de los cónyuges, dicha intitulación generaría una apariencia protegida por el artículo 1384.

Finaliza esta obra con el análisis del sentido que quepa atribuir a la expresión *actos de administración*. La autora, tras realizar un exhaustivo análisis de las diferentes teorías existentes acerca del significado de estos actos –v. gr., el problema que se plantea con los actos de conservación o con los de extraordinaria administración–, considera que no se trata sino de actos jurídicos, a resultas de los cuales el cónyuge titular o poseedor entra en contacto con terceros ajenos a la relación conyugal, excluyéndose aquellos actos puramente materiales.

No podemos dar por concluida esta recensión sin antes dejar constancia de la gran calidad de la monografía que constituye su objeto. Una obra con una adecuada estructura y una excelente redacción, en la cual se trata con gran claridad, así como con un amplio y profundo conocimiento de la doctrina y jurisprudencia, un tema sumamente complejo. Frente a lo que pudiera desprenderse de su título, no se trata de adentrarse simplemente en el campo del Derecho de Familia, y más concretamente de la sociedad de gananciales –de la cual la autora se muestra como una perfecta conocedora– sino, además, de tomar posición respecto de algunas de las cuestiones más importantes y complicadas de nuestro Derecho patrimonial, como son, v. gr., las adquisiciones a *non dominio* o, en general, el tan polémico principio de protección de la apariencia jurídica.

Ana M.<sup>a</sup> COLÁS ESCANDÓN

**MORENO MOLINA, José Antonio:** *La protección ambiental de los bosques*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, 251 pp.

Se trata de una importante aportación dentro del nuevo campo de la literatura jurídico-forestal, iniciado por Esteve Pardo, Oliván del Cacho y De Vicente Domingo, que nos facilita claves para resolver los principales problemas a los que ha de hacer frente una futura y muy deseable reforma de nuestra actual normativa estatal sobre los montes, que deberá incorporar la dimensión ambiental o ecológica en la regulación de la materia, de acuerdo con la normas internacionales, comunitarias, y con nuestra propia Constitución de 1978 (art. 45.2).

Los montes cumplen diversas funciones: la económica, en cuanto productores de materias primas, principalmente la madera; la función protectora (contra la erosión, contra la contaminación atmosférica, regulación del clima, regulación hídrica, lucha contra el ruido, etc.); la función paisajística o ambiental, y la función recreativa o turística.

Desde la Edad Media hasta hoy han surgido corrientes proteccionistas de los montes, y en la evolución de la regulación de la materia forestal ha venido primando, como regla general, la función productora juntamente con la protectora, aunque ésta en mucha menor medida.

La Constitución atribuye al Estado la competencia sobre legislación básica en materia de montes y aprovechamientos forestales (art. 149.1, 13.ª y 23.ª), en tanto que las Comunidades Autónomas tienen competencias en orden a la ejecución y desarrollo legislativo de la materia, por lo que corresponde al Estado un papel protagonista en la ordenación de los montes. La vigente legislación estatal que regula el sector sigue siendo la aprobada en los años 50, y se encuentra inserta en una tradición legislativa cuya finalidad preeminente radicaba en la función productora del monte, y su explotación racional, junto con la función protectora del mismo, principalmente relacionada con los procesos hidrológicos, y para la consecución de dichos fines establece diferentes medidas encaminadas a su protección, pero con una perspectiva decididamente sectorial y localista: el tratamiento protector se limita a ciertas especies y a ciertas extensiones, y, en su generalidad, sólo respecto de montes de titularidad pública, salvo el caso de los montes protectores, que son de propiedad privada.

Es cierto que después de la entrada en vigor de la Constitución se aprobó en 1989 la Ley de Conservación de los Espacios Naturales, Flora y Fauna, que ha incorporado en su regulación la dimensión ambiental de los bosques, pero es insuficiente, puesto que la protección que ello supone recae sólo sobre determinadas zonas del territorio, declaradas «espacios protegidos», entre las que pueden encontrarse montes, y de hecho así ocurre en la mayor parte de los casos. Pero para que la protección medioambiental tenga verdadera eficacia, debe extenderse a todos los montes independientemente de que sean declarados espacios protegidos o no, e independientemente de que sean de titularidad pública o privada.

En cuanto a la normativa autonómica, ésta sí ha incorporado en la regulación de los montes la función ecológica como objetivo fundamental, toda vez que concibe los montes principalmente como un ecosistema, es decir, un sistema funcional que engloba todos los seres vivos y su medio; no obstante, el régimen de protección que contiene, no es todo lo óptimo que podría ser, ya que las Comunidades Autónomas se ven obligadas a respetar las bases sentadas por la legislación estatal, que, como hemos señalado, responden primordialmente a finalidades productoras y no ecológicas o ambientales del monte.

Con estos presupuestos, Moreno Molina, el autor que nos ocupa, ha analizado en su libro, en primer lugar, el Derecho internacional, introduciéndose, entre otras normas, en la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmada en la Cumbre de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, y, sobre todo, en la normativa comunitaria en materia de montes, mostrando de una forma muy clara su evolución, que va de la ausencia de previsiones respecto del sector forestal en los Textos fundacionales de las Comunidades Europeas, a la aprobación, en el marco de la «Política Agraria Comunitaria», de la «Estrategia y acción de la UE en materia forestal» (1988) y al «Programa de Acción Forestal» (1989-1992), y que sirvieron de base para la aprobación del llamado «Paquete forestal». En tales momentos, aún no podía hablarse de una política forestal comunitaria propiamente

dicha, puesto que los objetivos de las normas estaban vinculados a otras políticas, como la agrícola, la regional, la de medio ambiente y la de cohesión económica y social. En 1992 se alcanza el acuerdo de reforma de la PAC, y tras ella comienza a tenerse una cierta preocupación ecológica en la ordenación de la política agraria comunitaria. Tras el Tratado de la Unión Europea de Maastricht (1992) y el «V Programa Comunitario de Política y Actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible “Hacia un desarrollo sostenible”» (1993-2000), se adopta una nueva estrategia sobre medio ambiente y desarrollo, que, en el sector forestal, se manifiesta con la adopción de diferentes medidas, que integran la Declaración de Río y la Agenda 21, centradas principalmente en la lucha contra la contaminación atmosférica y los incendios, y contra los problemas derivados de la deforestación. Y por último, el 24 de septiembre de 1998, mediante Decisión del Parlamento y del Consejo Europeo, se ha aprobado la revisión del «V Programa Comunitario de Política y Actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo sostenible», con la que se confirma la consolidación de una decidida política europea del medio ambiente.

Luego, Moreno Molina, con gran acierto, realiza un estudio del ordenamiento jurídico italiano en esta materia de montes, en el cual queda patente la gran influencia que la preocupación ambiental ha ido ejerciendo, siempre en mayor grado, en el sector forestal. El sector en Italia adolece de una problemática muy parecida a la española, debido a pertenecer al área geográfica del Mediterráneo, dándose un predominio de la propiedad particular de los montes, y asimismo los de titularidad pública son, en su mayoría, de propiedad de las entidades locales, y por último, han de adaptarse a las reglas comunitarias, para lo cual se hace necesaria la aprobación de una nueva Ley marco que priorice la protección medioambiental del bosque, y, por lo tanto, permita una tutela integral del mismo.

Con este bagaje, el autor se enfrenta al estudio de la normativa nacional, en el que hace un repaso de la Ley estatal de montes de 1957 y su Reglamento, la Ley de Espacios Naturales de 1989 y la legislación autonómica tomando como referencia especial a la Ley de Conservación del Suelo y Protección de las Cubiertas Vegetales Naturales de Castilla-La Mancha, y concluye afirmando la necesidad de que el Estado apruebe una Ley forestal que recomponga de un modo unitario la materia forestal, y permita, al propio tiempo, una tutela integral del bosque. Además, de esto, el autor sostiene que esta norma, en línea con el Derecho forestal internacional y comunitario europeo, deberá tener en cuenta los múltiples usos que nuestra sociedad demanda hoy del monte (socioeconómicos, recreativos, hidrológicos...), pero, sobre todo, ha de basarse en la priorización de la protección medioambiental del bosque. En definitiva, la nueva Ley básica forestal ha de tener como punto necesario de referencia la definición de lo que entienda por «gestión forestal sostenible» y la previsión de los instrumentos jurídicos necesarios para desarrollarla.

Al final de este recorrido, el autor entra de lleno en el estudio de dos de los problemas capitales que afectan a la conservación de los bosques tanto en Italia como en España, como son los incendios y la repoblación forestal, estudio que realiza partiendo de la legislación comunitaria, italiana y española, y que creo preside la idea de una política forestal global.

En conclusión, el libro de José Antonio Moreno Molina es una obra que ha de tenerse en cuenta para poder ir avanzando en el difícil y cada vez más necesario camino hacia una mayor concienciación en el tratamiento ambiental de la naturaleza, y concretamente del patrimonio forestal, que tan urgente se está haciendo.

**SIERRA PÉREZ, Isabel: *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, ed. Montecorvo, Madrid, 1997, 283 pp.**

La profesora Sierra Pérez (Universidad Autónoma de Madrid) publicó, hace algún tiempo, una monografía dedicada al estudio de la responsabilidad del empresario que, a mi juicio, aunque quizá un poco tarde, debe ser motivo de algún comentario por una buena razón: su claridad.

En bastantes ocasiones, uno no se apercibe de la importancia de una obra jurídica hasta que no tiene necesidad de ella. Y esto es lo que seguramente ocurrirá a más de uno cuando, intentando buscar algún cabo por el que iniciar el estudio de la responsabilidad del empresario, se encuentre con la monografía que hoy comentamos. Hay que decir, desde ahora, que se trata de una obra ante la que no conviene asustarse, pensando, como se hace a menudo, que al estar escrita con una finalidad eminentemente académica, como es la elaboración de una tesis doctoral, será, por ello, básicamente científica y poco útil para la solución de los problemas jurídicos reales de la práctica cotidiana del Derecho. Muy por el contrario, se debe advertir al lector que su autora afronta desde el inicio todos los problemas con una visión práctica. En este sentido, es de agradecer que haya seguido fielmente la finalidad que se había trazado desde el inicio y que no haya caído en la tentación de examinar otros supuestos y otras figuras jurídicas que por su proximidad con el tema de estudio elegido, incitan a muchos estudiosos a intentar abarcarlas.

La profesora Sierra Pérez subraya ya en la introducción la finalidad que persigue. Su objetivo «es demostrar que partiendo de la separación de la responsabilidad en contractual y extracontractual, entendidas como tradicionalmente se viene haciendo, de violación de la ley contractual y del *neminem laedere* respectivamente, y de la consideración de existencia o no de relación de dependencia, no se llega a resultados satisfactorios en el estudio de la responsabilidad del empresario por hechos de sus empleados, en el desarrollo de su actividad empresarial; por la disfuncionalidad que se crea entre la normativa que se pretende aplicar y los resultados de su aplicación».

Pues bien, al ser claro el objetivo perseguido, puesto que clara es la cabeza de la autora, nos encontramos con una monografía bien estructurada. Haciendo nuestras las palabras del profesor José María Miquel González, maestro de la autora y autor del prólogo, la dificultad que tiene el comentar esta obra es la de que «como el libro contiene una introducción y unas conclusiones, no parece conveniente que en el prólogo se repitan ideas y menos se suplanten las de la autora. A ellas remito al lector que quiera tener una rápida y al mismo tiempo auténtica visión de las ideas fundamentales de la obra». Y se han de utilizar estas palabras, puesto que la profesora Sierra Pérez explica con gran claridad en su introducción, claridad que continúa a lo largo de la obra, su objetivo, el método utilizado y el porqué de los problemas que necesariamente hay que plantearse al hablar de la responsabilidad del empresario. Por ello, lo único que honestamente se puede hacer es resumir brevemente lo que ya la autora ha resumido.

La obra parte de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual y las diferentes tendencias doctrinales al respecto. Esta distinción se hace necesaria *ab initio*, porque al valerse el empresario de otras personas para realizar las prestaciones propias de las obligaciones contraídas con motivo de su actividad, puede éste resultar responsable, dentro del marco contractual, por actuaciones llevadas a cabo por uno de sus empleados, pero también puede que el código civil o una ley especial le llame a responder por hechos ajenos. En este

primer capítulo, se analiza además, la llamada responsabilidad indirecta y la discusión doctrinal acerca de si los supuestos recogidos en el artículo 1903 son *numerus clausus* o si se trata de una enumeración *ad exemplum*.

El capítulo segundo está dedicado a estudiar la relación de dependencia y las posibles extralimitaciones en la actuación del empleado que le sitúan fuera de ella. El concepto de dependencia que defiende la autora choca a veces, como ella reconoce, con el utilizado por la jurisprudencia, ya que lo amplía para extender la responsabilidad a sujetos de los que realmente el agente no dependía. Efectivamente, tras un estudio detenido y serio de los pronunciamientos jurisprudenciales, la profesora Sierra Pérez advierte que la jurisprudencia fuerza, en numerosas ocasiones, la declaración de existencia de dependencia entre dos personas para declarar la responsabilidad de una por hechos de la otra en aplicación del artículo 1903, para mantener toda la responsabilidad aquiliana por hecho ajeno dentro del artículo 1903, sin reconocer la existencia de deberes específicos de cuidado.

En el último capítulo se analizan, con sumo cuidado, los supuestos en que la responsabilidad del empresario surge por un presupuesto distinto al de la relación de dependencia. Éstos son prioritariamente, en la casuística, el de la responsabilidad por incumplimiento de un deber específico de cuidado (*v. gr.*, el propietario de un edificio por los daños que cause en edificios colindantes, productos defectuosos, hidrocarburos) y los de la llamada responsabilidad por riesgo (*v. gr.*, circulación de vehículos a motor).

Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ

**TORRES PARRA, María José:** *El mandato de crédito como garantía personal*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, 207 pp.

La monografía titulada *El mandato de crédito como garantía personal* constituye, sustancialmente, la memoria que la autora elaboró para la obtención del título de Doctor en la Universidad Autónoma de Madrid. Articulada el trabajo en cuatro capítulos [I. Garantía de las obligaciones (pp. 11-43); II. El *mandato pecuniae credendae* como garantía personal (pp. 45-74); III. Estructura del *mandatum pecuniae credendae* (pp. 75-137); IV. Ejecución y responsabilidad en el *mandatum pecuniae credendae* (pp. 139-204)], afronta el estudio del mandato de crédito —también llamado *mandatum qualificatum* por los comentaristas— como medio, que podemos calificar de atípico, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

El interés del estudio de esta figura queda patente si tenemos en cuenta que la garantía personal fue en Derecho romano la forma más frecuente de reforzar el cumplimiento de las obligaciones. El *mandatum pecuniae credendae*, institución de origen romano, tuvo plena vigencia en Alemania hasta el año 1899, incluyéndose después en el § 778 BGB. Igualmente, el Código Civil de las Obligaciones Suizo de 1911 ha dedicado cuatro artículos a este expediente (arts. 408-411). Por contra, el Código de Napoleón no lo recogió y, por tanto, tampoco los Códigos que derivaron de aquél. Sin embargo, el nuevo texto unificado italiano de 1942, lo incluye en los artículos 1958 y 1959.

El *mandatum pecuniae credendae* consiste en el encargo dado a una persona para que preste dinero a un tercero. La función de garantía resulta indirectamente del hecho de que el mandatario dispone de una *actio mandati contraria* frente al mandante, que garantiza la devolución de dicha cantidad con todo su patrimonio.



El capítulo I del trabajo es un capítulo preliminar, o introductorio, dedicado al estudio de las garantías personales en general, abordando el concepto, el origen y las diferentes clases de garantías.

En este capítulo destaca, en relación con el origen de las garantías, la tesis que mantiene la autora (pp. 17 ss.) en contra de la opinión mayoritaria, formulada por Mitteis, al sostener que la *sponsio* no tuvo originariamente la función técnica de garantía. Y va más allá, cuando afirma que hasta finales de la época republicana se observa una ausencia de específicos institutos de garantía, que es posible que surgieran con la aparición de la ejecución patrimonial. Esta afirmación se basa en que el requisito principal de aquéllas, que es la accesoriedad, no puede predicarse en relación con la *sponsio* y la *fidepromissio*. En este sentido, distingue entre accesoriedad formal, en cuanto la existencia de la garantía debe estar condicionada a la existencia de la obligación principal garantizada, y sustancial, en cuanto el garante no puede obligarse a más de lo que lo haga el deudor principal (Gayo 3.126; D.46.1.8.7 Ulp. *l.LXVII ad Sab.*) pues, en otro caso, estaría asumiendo una obligación nueva, con sustantividad propia y distinta de la institución de garantía. Sin embargo —sigue diciendo la autora—, la accesoriedad formal no siempre existe en relación con la *sponsio* y la *fidepromissio*, porque ambas figuras están imbuídas del rígido formalismo del *ius civile* que únicamente toma en consideración la forma, lo que unido al carácter abstracto de la *sponsio* hace que el *sponsor* y el *fidepromissor* queden obligados *verbis*, aun cuando la obligación principal resulte inexistente.

En el capítulo II (pp. 47-59) se aborda el origen del *mandatum pecuniae credendae* y el difícil problema de su naturaleza jurídica.

En cuanto al origen, la autora sigue la teoría mayoritaria que afirma que fueron las necesidades de la práctica comercial las que hicieron que los romanos adaptaran un instituto típico del *ius gentium* (susceptible de numerosas aplicaciones) para reaccionar frente al excesivo formalismo del *ius civile*. Concretamente, podemos señalar que fue en los primeros años del Principado cuando comenzó a utilizarse el mandato de crédito como figura de garantía de las obligaciones en concurrencia con la *fideiussio*, pues Nerva (sucesor de Labeón) y Atilicino —ambos citados por Paulo en D.17.1.45.7-8— conocen ya el empleo del mandato con función de garantía en un negocio de *delegatio*.

El problema fundamental es la obligatoriedad del mandato de crédito, que para los juristas clásicos apareció condicionada por la naturaleza jurídica que se le atribuía.

En este sentido, Gayo (3.155 y 156) distingue los *mandata mea, alterius et tua gratia*, y afirma que únicamente los dos primeros constituyen contrato válido, calificando al *mandatum tua gratia de supervacuum*. Parte de la jurisprudencia de finales de la República y comienzos del Principado reconducía a esta última figura el *mandatum pecuniae credendae*; en este sentido, Servio sancionaba la invalidez del mandato de dar a crédito con interés a una persona determinada, asimilándolo al genérico mandato de dar a crédito sin indicación del mutuario. En contra, Sabino, seguido por Gayo, consideraba obligatorio el mandato de préstamo con interés a favor de un tercero individualizado, por la razón de que el mandato fue determinante para la concesión del mutuo.

Ahora bien, el *mandatum tua gratia* estuvo siempre privado de eficacia y la doctrina lo considera equiparable a un consejo (*consilium*) que no produce efectos jurídicos. Bajo esta perspectiva, la autora afirma que lo lógico es pensar que Sabino no consideró el *mandatum ut Titius faenerares* como un *mandatum tua gratia*, porque asumida la eventualidad del riesgo por parte del mandante, aquél

se transforma en un *mandatum tua et aliena gratia*. El texto fundamental sobre la transformación del *mandatum tua gratia*, aplicando el elemento del *periculum mandatoris*, nos lo ofrece Juliano en D.17.1.32, quien recuerda la decisión sabianea: «*Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc mandatum intercessisset...*», porque el criterio del riesgo, si bien no estaba explícitamente enunciado, se encontraba presente en la decisión de Sabino. Es muy posible, como señala Frezza (*La garanzie delle obbligazioni*, I, Padova, 1962, pp. 206 ss.), que la aceptación de este criterio por la jurisprudencia clásica fuese generalizado, lo que vendría confirmado por distintos textos del *Digesto* como D.16.3.1.14 (*Ulp. l.XXX ad ed.*) y D.17.1.12.13-14 (*Ulp. l.XXXI ad ed.*).

La autora recuerda que, posteriormente, y por obra del jurista Ulpiano se añadió, junto al criterio del riesgo, el criterio del interés del mandante como fundamento para el ejercicio de la *actio mandati directa*, de tal forma que si el interés del mandante en la ejecución del encargo cesa, cesa la acción: «*Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et aetenus competit, quaetenus interest*» (D.17.1.8.6 *Ulp. l.XXXI ad ed.*). Es probable que los compiladores justinianos admitieran que la asunción del riesgo no bastaba para hacer surgir la *actio mandati directa*, sino que era necesario que existiera un interés actual del mandante, es lo que G. Longo (NNDI, s. v. *Mandato*, Torino, 1968) llama el criterio de la búsqueda de la concreta utilidad del mandante.

El capítulo III (pp. 75-137) está dedicado a la estructura del *mandatum pecuniae credendae*, compuesto por dos contratos: el primero, de naturaleza consensual, el mandato, y el segundo, de naturaleza real, el mutuo. La autora hace un recordatorio de las principales características aplicables al contrato de mandato en general y al *mandatum pecuniae credendae* en particular.

En esta parte del trabajo destacan dos cuestiones importantes en relación con el mandato de crédito: en primer lugar, la ratificación del contrato de préstamo, y en segundo lugar, la responsabilidad del mandatario en caso de no ejecución o incumplimiento inexacto del encargo.

En cuanto a la primera cuestión, la autora se pregunta si fue posible la aplicación al *mandatum pecuniae credendae* de la máxima jurídica «*ratihabitio mandato comparatur*», recogida por Ulpiano en D.50.17.60.

Después de la revisión de los textos del *Digesto* que recogen la enunciación de este principio, considerados interpolados por parte de la doctrina, la autora llega a la conclusión de que, si bien la formulación y generalización de la regla se produjo en Derecho justiniano, ya era conocida y aplicada por los juristas clásicos en determinados casos.

Sin embargo, niega la validez de la ratificación para el caso concreto del *mandatum pecuniae credendae*, porque se destruiría la estructura típica de esta institución. Efectivamente, el objeto del *mandatum pecuniae credendae* es otro negocio jurídico, el contrato de mutuo, y no parece posible una sucesión temporal distinta: el mandato debe preceder al mutuo, pues en otro caso el negocio es nulo, lo que se recoge por Ulpiano que, recordando la opinión de Papiniano, afirma: «*Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullam esse mandatum rectissime Papinianus ait...*» (D.17.1.12.14 *Ulp. l.XXXI ad ed.*).

En relación con la responsabilidad del mandatario, éste está obligado a realizar el encargo recibido siguiendo las instrucciones del mandante (D.17.1.5.pr. Paul. *l.XXXII ad ed.*). Cuando el mandante delimita expresamente el comportamiento que debe observar el mandatario se dice que el mandato es cierto, y éste

no puede apartarse en la ejecución del mandato de la forma preestablecida (Paul. D.17.1.46). En otro caso, el mandatario estará obligado a responder frente al mandante y además quedará impedido para el ejercicio de la *actio mandati contraria*.

Sin embargo, el problema se plantea con los llamados mandatos inciertos, pues si bien la determinación del objeto es un requisito indispensable para la validez de todo negocio jurídico y por ende del mandato, esta determinación no quiere decir certeza absoluta sino que es válido establecer algún criterio objetivo que lo haga determinable. La autora sigue la corriente de opinión que afirma que esta figura no generaba obligaciones en Derecho clásico, y mantiene que los fragmentos del *Digesto* que recogen la validez del mandato incierto (que deja la determinación de la prestación al mandatario *boni viri arbitratu*) están interpolados.

En relación con los límites a los que debe ceñirse el comportamiento del mandatario, la autora trata del exceso de mandato –*egreditur mandatum*, en palabras de Gayo (3.161)– que se produce cuando el acto jurídico, objeto del mandato, se realiza, pero en condiciones distintas a las establecidas por el mandante.

La jurisprudencia clásica defendía dos posturas bien diferenciadas. Los sabianianos, partidarios de una interpretación formal y estricta, opinaban que el mandatario que no observaba literalmente las indicaciones del mandante no podía ejercitar la *actio mandati contraria*, ni siquiera para solicitar el reembolso de la parte que respondía a las condiciones fijadas por el mandante. En contra, los proculenianos, criterio adoptado por Justiniano, reconocían el ejercicio de la acción en aquellos límites, lo que supone «una interpretación más flexible, que tiene en cuenta la voluntad del mandante, y que es más acorde con el carácter de buena fe que tiene este tipo de contrato».

El cuarto y último capítulo (pp. 138-204) afronta el estudio del régimen jurídico del *mandatum pecuniae credendae* y la responsabilidad de los sujetos que en él intervienen.

La autora afirma que «el régimen de responsabilidad en el mandato de crédito es claramente favorable al acreedor desde el momento en que el mandante (garante) se obliga solidariamente junto con el deudor». Igualmente, cuando hay una pluralidad de mandantes quedan obligados *in solidum* frente a la reclamación del mandatario, pero en este último caso la autora estima (p. 144), a la luz de un texto de Paulo (D.17.1.59.3), que la posibilidad de demandar *in solidum* a cualquiera de los garantes es un elemento natural del contrato que puede suprimirse por acuerdo en contrario de los contratantes. Por tanto, antes de la introducción del *beneficium divisionis ex epistula divi Hadriani*, cabía la posibilidad de transformar la obligación de solidaria en parciaria a través de pacto.

El hecho de que Gayo (3.121 y D.46.1.26), que nos da noticia del contenido de la epístola de Adriano, únicamente recoja la aplicación del beneficio de división a favor de los *fideiussores*, ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que este beneficio no había sido otorgado a favor de los *plures mandatores*, y esto, a pesar de que un texto de Papiniano (D.27.7.7) y una Constitución de Justiniano (C.4.18.3), afirman que la división del riesgo se realizaba tanto entre los mandantes como entre los fiadores. La contradicción en las fuentes se explica por la autora, considerando que es probable que por el carácter excepcional de la disposición de Adriano únicamente se hubiese tenido en cuenta a una sola clase de garantes (los *fideiussores*), pero que pronto, y puesto que Papiniano afirma que el beneficio de división se otorga a los *plures mandatores* por razones de equidad, habría sido aplicada por interpretación jurisprudencial.

Por otro lado, el acreedor (mandatario) puede requerir al garante, o a uno de los garantes (si son varios) la satisfacción de lo debido antes que al deudor principal, por lo que no se da el carácter subsidiario que tienden a tener las garantías. Esta subsidiaridad sólo puede predicarse en Derecho justinianeo, cuando en la N. IV (año 535 d. C) se otorga el *beneficium excusionis*. Aunque es probable, como afirma Volterra, apoyándose en un texto de Paulo (D.17.1.59.3), que ya desde época clásica se pudieran conseguir los efectos del *beneficium excusionis*, puesto que la *libera electio* entre garante o deudor principal se configuraba como un elemento natural del contrato.

La autora advierte que el ejercicio de la *libera electio* (v. gr.: a través del ejercicio de la *actio mandati* contraria frente al garante) no produce la consumición procesal de la otra acción (*condictio certae creditae pecuniae*), puesto que surgen de dos relaciones jurídicas independientes, por tanto, extinguida una de las dos acciones siempre queda el recurso a la otra.

En el caso de pluralidad de mandantes y, sobre la base de un texto de Papiniano (D.46.1.52.3), que advierte que la liberación de todos los mandantes sólo es posible cuando fuera satisfecho el crédito, un sector doctrinal señala, como característica peculiar de la responsabilidad de los *plures mandatores*, que la *libera electio* no produce la extinción procesal de la acción de mandato. Frente a esta postura, la autora estima que la acción se consume por el efecto extintivo de la *litis contestatio*, afirmando que el texto está interpolado para adecuarlo a la nueva significación de la *litis contestatio* en Derecho justinianeo.

A continuación, la autora señala que el derecho de regreso no era originariamente un elemento inherente a las garantías (excepto para los *sponsores* que están legitimados con la *actio depensi*). Los juristas recurrieron a la adaptación de acciones derivadas de contratos de buena fe cuyo contenido permite alcanzar la reintegración de lo pagado. En el caso del *mandatum pecuniae credendae*, dada la independencia de las relaciones jurídicas de mandato y mutuo, para que el mandante, que había pagado por el mutuario, pueda ejercitar una acción de regreso frente a aquél, era necesaria una relación previa entre ambos. Relación que las fuentes, generalmente, construyen como mandato, sin necesidad de que fuese expresamente convenido; bastaba con la aquiescencia del deudor para permitir el ejercicio de la *actio mandati contraria*.

En cuanto al derecho de regreso entre los *plures mandatores*, la autora afirma que sólo era posible cuando se hubiera producido la cesión de acciones por parte del mandatario. La cesión de acciones podía producirse judicial o extrajudicialmente. La cesión judicial se realizaba a través de dos vías: en primer lugar, en el *iudicium contrarium mandati*, el Juez supeditaba la condena del mandante a que el mandatario hubiese cedido la acción que nace de la relación crediticia contra el deudor (D.46.1.13 Jul. *l.XIV dig.*). En segundo lugar, era posible el ejercicio de la *actio mandati directa* para hacer valer el *beneficium cedendarum actionum* (D.46.3.95.10. Pap. *l.XXVIII quaest.*). Por último, la cesión, que la autora denomina voluntaria, se justifica sobre un texto de Ulpiano (D.17.1.28) que demuestra que, si el mandante pide la cesión de acciones al mandatario no *apud iudicem*, sino en el momento del pago del crédito, el mandatario está obligado a ceder las acciones.

Por último, frente a los autores que opinan que la *actio mandati directa* no tiene aplicación en relación con el mandato de crédito, la autora estima que no hay duda de que esta acción surge a favor del mandante, ya sea para exigir responsabilidad al mandatario, o bien, cuando haya pagado al mutuante, para hacerse ceder las acciones contra el deudor. Sabemos que la *actio mandati directa*

surge del contrato de mandato, independientemente de su objeto, para pedir la indemnización de daños y perjuicios por inactividad o ejecución inexacta del encargo. No debemos olvidar, que el *mandatum pecuniae credendae* es un mandato y que por tanto todos los requisitos y consecuencias derivados de éste no se desvirtúan cuando se aplican a aquél.

La profesora Torres Parra ofrece en esta monografía un detallado estudio, tanto desde un plano técnico-jurídico como histórico, sobre el *mandatum pecuniae credendae* sin obviar ninguno de los problemas que presenta esta institución.

Realizada la lectura de este trabajo, se podrá estar más o menos de acuerdo con su autora, pero no cabe duda de que son numerosos los puntos de interés que ofrece, invitando al lector a la reflexión sobre varios aspectos de esta figura a la luz de una revisión exegética de los textos.

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ  
Universidad Autónoma de Madrid

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**

Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. *Derecho civil:* 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil:* 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente.*—IV. *Derecho de la Unión Europea.*—V. *Derecho procesal.*—Abreviaturas.

## DERECHO CIVIL

### INTRODUCCIÓN

ALBALADEJO, Manuel: «A la realidad social de qué tiempo ha de acudir para interpretar las normas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 7 de marzo de 1998», en *RDJ*, septiembre 1998, pp. 646 y ss.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: «Una posible causa más del provisional fracaso del proyecto de Código Civil español de 1851», en *RDJ*, junio 1998, pp. 427 y ss.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «Poder Judicial, Sociedad y Estado de Derecho», en *La Ley*, 1997-6, D-308, pp. 1434 y ss.

CARRERAS SERRA, Francesc de: «El principi constitucional de supletorietat de l'ordenament estatal», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 725 y ss.

COBAS COBIELLA, María Elena, y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos y de su Libro Cuarto», en *RDJ*, diciembre 1998, pp. 843 y ss.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Análisis jurídico-privado de la legislación autonómica sobre ordenación del servicio farmacéutico. El caso de Extremadura y de Castilla-La Mancha», en *RDJ*, junio 1998, pp. 453 y ss.

ECHEZARRETA FERRER, M. Teresa: «Imprevisión del demandado respecto al control de oficio de la competencia judicial internacional», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12891 y ss.

- GÁMIR MEADE, Roberto: «Un enfoque práctico desde la óptica de técnica normativa de las operaciones de transposición de directivas comunitarias», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 199 y ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (L. O. 5/1996, de 30 de diciembre)», en *RJN*, núm. 23, 1997, pp. 219 y ss.
- IGLESIA CHAMARRO, Asunción de la: «El artículo 149.1.1.º de la Constitución Española en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 (Ley del Suelo)», en *RJC*, núm. 24, 1997, pp. 173 y ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Contrato de transporte marítimo: ley extranjera aplicable y principio de *iura novit curia* “atenuado”. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de marzo de 1997», en *La Ley*, 1998-2, D-89, pp. 1894 y ss.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado», en *RDP*, julio-agosto 1998, pp. 541 y ss.
- «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado», en *La Ley*, 1998-2, D-93, pp. 1907 y ss.
- MORO ALMARAZ, M.ª Jesús: «“In memoriam”, Luis Rojo Ajuria», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 763 y ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y COBAS COBIELLA, María Elena: «A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos y de su Libro Cuarto», en *RDP*, diciembre 1998, pp. 843 y siguientes.
- REBOLLEDO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro», en *La Ley*, 1997-6, D-321, pp. 1482 y ss.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Carlos Javier: «La supletoriedad, persistente interrogante legislativo», en *La Ley*, 1998-2, D-100, pp. 1934 y ss.

## DERECHO DE LA PERSONA

- ARENAS GARCÍA, Rafael: «Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley», en *RJC*, núm. 3, 1998, pp. 349 y ss.
- BENITO ALONSO, Francisco: «Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda», en *La Ley*, 1997-6, D-360, pp. 1727 y ss.
- CABRERA DELGADO, Carmen: «El ámbito civil del amparo judicial», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 1998, pp. 955 y ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Problemas del secuestro internacional de menores», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1998, pp. 481 y ss.

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Problemas del secuestro internacional de menores», en *Actualidad Civil*, núm. 21, 1998, pp. 481 y ss.
- CUCHI DENIA, Javier Manuel: «La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12371 y ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la Doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1997», en *Actualidad Civil*, núm. 27, 1998, pp. 639 y ss.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, y HEREDIA PUENTE, Mercedes: «Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 497 y ss.
- «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», en *La Ley*, 1998-1, D-72, pp. 2090 y ss.
- GARCÍA GUERRERO, José Luis: «La publicidad comercial en la convención europea para la protección de los derechos humanos», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 10699 y ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «El menor ante el Derecho Comunitario», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 1998, pp. 923 y ss.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A.: «Buscando en la Caja de Pandora: el Derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 1998», en *La Ley*, 1998-2, D-108, pp. 1994 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Nulidad y anulabilidad. Prodigabilidad: ineficacia de los actos del pródigo», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 587 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1997.
- GOSALBO BONO, Ricardo: «Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones», en *RDCE*, núm. 1, enero-junio 1997, pp. 29 y ss.
- HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Algunas ideas sobre el modelo institucional de protección de incapaces en el Derecho civil español», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 497 y ss.
- «La guarda de hecho como mecanismo protector de los incapaces», en *La Ley*, 1998-1, D-72, pp. 2090 y ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Libertad religiosa y libertad de enseñanza como mandatos constitucionales», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 83 y ss.
- MARCO MARCO, Joaquín J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: la vulneración de los derechos fundamentales mediante el uso de datos informáticos», en *RGD*, junio 1998, pp. 7159 y ss.



- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Apropiación comercial del derecho al nombre y a la propia imagen. Identificación indirecta de actor en anuncio publicitario», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 705 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998.
- MIGUEL ASENSIO, Pedro A. de: «Derechos Humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado», en *RDP*, julio-agosto 1998, pp. 541 y ss.
- «El Tratado de Amsterdam y el Derecho Internacional Privado», en *La Ley*, 1998-2, D-93, pp. 1907 y ss.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Cinco años de la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal», en *La Ley*, 1997-6, D-345, pp. 1660 y ss.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Angeles: «Capacidad del quebrado; seguro: acción directa; actos propios en contratos nulos; nulidad contractual: necesidad de reconversión», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 17 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1997.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús M.<sup>a</sup>: «La Directiva 95/46/CE como criterio unificador», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 165 y ss.  
Comentario a la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de fecha 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- RODRÍGUEZ ARIAS, José Manuel: «Sombras y luces del proyecto del Tratado de Amsterdam», en *RPD*, núm. 48, 1997, pp. 109 y ss.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana: «Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 1998, pp. 549 y ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Régimen jurídico de los apellidos en Derecho español y su incidencia sobre el principio de no discriminación por razón de sexo», en *RGD*, julio-agosto, 1998, pp. 8855 y ss.
- SELLARÉS SERRA, Jordi: «Reflexiones críticas sobre la inmunidad diplomática de jurisdicción civil a consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995», en *RJC*, núm. 3, 1998, pp. 425 y ss.
- SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «Influencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección de menores, sobre la figura del defensor judicial», en *La Ley*, 1998-2, D-107, pp. 1991 y ss.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Las medidas cautelares de la Ley de protección al honor, la intimidad y la propia imagen», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 13 y ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de Protección Jurídica de 1996», en *RJN*, núm. 23, 1997, pp. 243 y ss.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro: «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», en *RDCE*, núm. 3, enero-junio 1998, pp. 41 y ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (a propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *RDP*, octubre 1998, pp. 683 y ss.

## PERSONA JURÍDICA

AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles. A propósito de la Resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997», en *RCDI*, núm. 647, 1998, pp. 1191 y ss.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Las cargas duraderas en la legislación de fundaciones», en *RDP*, mayo 1998, pp. 347 y ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Asociación para la explotación de oficina de farmacia: disolución a petición de un socio. Interpretación del concepto de mala fe a estos efectos. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 27 de enero de 1997», en *RDP*, diciembre 1998, pp. 922 y ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (Comentario crítico a la RDGRN 31 marzo 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 357 y ss.

CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael: «Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (Comentario crítico a la RDGRN 31 marzo 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 357 y ss.

CARRANCHO HERRERO, M.ª Teresa: «Las fundaciones de patrimonio», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 798 y ss.

EIZAGUIRRE, José María de: «La personalidad jurídica de la sociedad civil (A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-358, pp. 1718 y ss.

GARCÍA MAS, Francisco Javier: «La Sociedad Civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución de 31 de marzo de 1997 de la DGRN», en *RCDI*, núm. 647, 1998, pp. 1165 y ss.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Sociedad civil irregular: aplicación de las normas de la comunidad de bienes a las relaciones internas; aplicación de las reglas de la partición hereditaria a la disolución», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 261 y ss. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997.

ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Notas sobre la capacidad de las fundaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1998, pp. 871 y ss.

SALAS MURILLO, Sofía de: «Clubes de Fútbol. Jurisdicción competente. Expulsión de socio: readmisión por nulidad. Posterior conversión del Club en Sociedad Anónima», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 525 y ss. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo, y SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles: «Fundaciones, interés general y títulos de aportación», en *La Ley*, 1998-1, D-29, pp. 1844 y ss.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, y SALVADOR CODERCH, Pablo: «Fundaciones, interés general y títulos de aprotación», en *La Ley*, 1998-1, D29, pp. 1844 y ss.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños producidos por animales de caza», en *RDU*, núm. 162, 1998, pp. 107 y ss.

ALBÍEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Resolución de venta a plazos de vehículo de motor. Efectos de la resolución. Depreciación comercial mínima y deterioro del vehículo de motor», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 203 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997.

— «El tratamiento del lucro cesante en el sistema valorativo», en *RDP*, mayo 1998, pp. 361 y ss.

ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz: «Eficacia extintiva de la prórroga *ex* artículo 1.851 del CC en la fianza indefinida y futura», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 575 y ss.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Intereses moratorios. Adjudicación de finca hipotecada a los acreedores y posterior cesión a un tercero sin haber consignado la cantidad correspondiente a intereses de demora no expresamente garantizados», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 765 y ss.

Comentario a la resolución de la DGRN de 11 de febrero de 1998.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Incongruencia. Vinculación de la jurisdicción civil a los hechos probados en proceso penal. Cláusula penal. Inaplicabilidad de la facultad moderadora del artículo 1.154. Penas moratorias. Incumplimiento total», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 357 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997.

ARROYO FIESTAS, Francisco Javier: «El perjudicado y el seguro del automóvil», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 13 y ss.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del Derecho de la contratación en España», en *RCDI*, núm. 648, 1998, pp. 1533 y ss.

AYALA BLANCA, Rocío, y BORDES RUIZ, Ángel: «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, 1998-2, D-85, pp. 1868 y ss.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Simulación de negocio jurídico y falsedad documental», en *La Ley*, 1998-2, D-110, pp. 2005 y ss.

BÁDENAS CARPIO, José M.: «Contrato mixto: servicios y mandato. Revocación extemporánea», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 855 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Condiciones generales de la contratación frente a consumidores: requisitos. Acción declarativa de nulidad por abusivas: legitimación de asociaciones de consumidores; beneficio de justicia gratuita», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 725 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1998.

BORDÉS RUIZ, Ángel, y AYALA BLANCA, Rocío: «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, 1998-2, D-85, pp.1868 y ss.

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>a</sup>: «La ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 619 y ss.

CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier: «Ingreso de las cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda en la cuenta especial establecida por la Ley 57/1969. Determinación de a quién corresponde realizar el ingreso. Consecuencias de su incumplimiento. Negativa del asegurador al pago de la indemnización a los asegurados ante la inobservancia de los establecido en la Ley 57/1968 y la Orden de 29 de noviembre de 1968. Consecuencias de que el asegurador conociera que el contrato de seguro se suscribió con posterioridad al anticipo de los fondos», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 59 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997.

CARRIÓN, Salvador: «Incumplimiento de la obligación de elevar a escritura pública y resolución del contrato. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 16 de mayo de 1996», *RDP*, julio-agosto 1998, pp. 559 y ss.

CASAS VALLÉS, Ramón: «Propiedad industrial e intelectual. Cesión de derechos. Eficacia relativa de los contratos», en *CCJC*, núm. 46, pp. 75 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «¿Es oportuno elaborar una Ley de Responsabilidad Civil Medioambiental?», en *La Ley*, 1998-1, D-34, pp. 1889 y ss.

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitr: «Contrato de franquicia. Subarriendo o cesión inconscientes de local de negocio. No existen porque el arrendatario utilice como rótulo de su establecimiento el nombre comercial de la empresa franquiciadora», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 797 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1998.

ENTRENA CUESTA, Ramón: «Constitucionalidad de la valoración tasada del daño personal», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 85 y ss.

ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos: «Suspensión de pagos de la arrendataria financiera. Crédito de la sociedad de leasing. Capacidad del empresario declarado en suspensión de pagos. Naturaleza del Convenio de acreedores. Naturaleza del contrato de leasing», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 689 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998.

FERNÁNDEZ CAMPOS, José Antonio: «Rescisión por fraude de acreedores en la tercería de dominio», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 1998, pp. 573 y ss.

— «Acción rescisoria en fraude de acreedores: no es necesario que el acreedor ejercite previamente acciones que están condenadas a su fracaso práctico», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 619 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1997.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.<sup>a</sup> Angeles: «Acción directa *ex* artículo 1597 del Código Civil del subcontratista *versus* contratista», en *Actualidad Civil*, núm. 47, 1998, pp. 1151 y ss.

FONTANILLA PARRA, José Antonio: «Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica», en *La Ley*, 1997-6, D-307, pp. 1424 y siguientes.

GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Su impacto en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 1998, pp. 853 y ss.

GARCÍA SOLÉ, Fernando: «La opción de compra en el “leasing”. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997», en *La Ley*, 1998-1, D-65, pp. 2057 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «El abordaje y la responsabilidad extracontractual», en *La Ley*, 1997-6, D-331, pp. 1581 y ss.

— «Los festejos taurinos y la culpa extracontractual», en *La Ley*, 1997-6, D-309, pp. 1437 y ss.

— «Incidencia del régimen de separación de bienes en la obligación de pago del precio en el contrato de compraventa», en *La Ley*, 1998-1, D-21, pp. 1808 y ss.

— «La carga de la prueba en los procesos por responsabilidad médica», en *La Ley*, 1998-1, D-39, pp. 1928 y ss.

— «La apreciación del daño moral en el acto negligente de un procurador», en *La Ley*, 1998-2, D-105, pp. 1982 y ss.

— «Valimiento de un título de igual derecho por el mecanismo de la tercería de mejor derecho», en *La Ley*, 1998-2, D-84, pp. 1867 y ss.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «Créditos participativos», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 13 y ss.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Contrato de “leasing”, por el que el financiador cedía al cliente sus derechos y acciones contra el proveedor, con exención de responsabilidad del primero frente al cliente. Anulación de este contrato y, sin embargo, resolución por incumplimiento (*aliud pro alio*) del contrato de compraventa entre proveedor y financiador por el cliente cesionario. Cobro de lo indebido. Indemnización de daños y perjuicios», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 375 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1997.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del C.: «Pago hecho por tercero; subrogación y reembolso. Conjunción en la deuda y solidaridad pasiva. Sucesión en el proceso», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 563 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1997.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Suspensión de pagos: Créditos privilegiados. Los interventores no han de estar presentes en el juicio declarativo ordinario “impugnatorio” de la Lista definitiva. Derecho de abstención: no correspon-

- de al crédito derivado de préstamo formalizado en escritura pública», en *CCJC*, núm. 47, 1998, p. 647  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998.
- GODINO IZQUIERDO, José: «Los grandes inválidos. Renta vitalicia. Daños morales», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 242 y ss.
- GÓMEZ GALLIGO, Francisco «Javier: La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *RDCI*, núm. 648, 1998, pp. 1587 y ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «La prescripción del derecho al precio en las ventas a un consumidor que paga con tarjeta de crédito comercial. (Comentario a la SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 6 de marzo de 1997)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 229 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Donación de acciones de sociedad anónima con cláusula de reversión a favor de terceros. Alcance de la reversión: el destino de las nuevas acciones adquiridas con base en las antiguas», en *CCJC*, núm. 46, 1998, p. 299 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997.
- «Subrogación artículo 60.1 de la LAU (1964). Indisponibilidad de tal derecho por testamento: inexistencia de legado de cosa ajena. Comunidad sobre derecho arrendaticio: extinción», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 821 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Nulidad y anulabilidad. Prodigabilidad: ineficacia de los actos del pródigo», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 587 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1997.
- HERNÁNDEZ BAREA, Hipólito: «Concurrencia de culpas: moderación de indemnizaciones», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 209 y ss.
- IGLESIAS REDONDO, Julio Y.: «Una aproximación al concepto de año agrícola en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 1998, pp. 787 y ss.
- JUSTE MENCIA, Javier: «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-339, pp. 1615 y ss.
- KIRCHNER, Pedro: «Comentario del Proyecto de Ley sobre Introducción al Euro: la regulación de los aspectos societarios y contractuales», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14693 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Los riesgos de desarrollo en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1997», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 1998, pp. 685 y ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Arbitraje de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 1998, pp. 709 y ss.

LLAMAS POMBO, Eugenio, y MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 1998, pp. 1059 y ss.

LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *La Ley*, 1998-1, D-8, pp. 1730 y siguientes.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Nulidad de compraventa de inmuebles de una Sociedad Anónima concertada por Administrador único, en favor de otra Sociedad Anónima, instada por socios minoritarios de la entidad vendedora. Legitimación de los accionistas para solicitar la nulidad de los contratos celebrados por quien ostenta representación orgánica. Responsabilidad del Administrador: acción social y acción individual. Tutela judicial efectiva», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 227 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Andrés: «La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos. Principios inspiradores. Algunas cuestiones procesales. Consorcio, OFESAUTO y CLEA», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 45 y ss.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica: «En torno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1996)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 161 y siguientes.

MACÍAS CASTILLO, Agustín, y LLAMAS POMBO, Eugenio: «Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 1998, pp. 1059 y ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «La nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 1998-1, D-37, pp. 1910 y ss.

MARCO MOLINA, Juana: «Depósito. Depósito irregular: autorización para que el depositario use las cosas depositadas. Obligación de restituir. Cumplimiento forzoso *in natura* y cumplimiento por equivalencia, indemnización respecto a las cosas destruidas», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 215 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Venta a plazos de bienes muebles. Desembolso inicial instrumentalizado en letras de cambio. Impago de esas letras y de las posteriores. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 749 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998.

MARTÍN ARESTI, Pilar: «Transmisión a un tercero de la participación en el capital de una sociedad que utiliza junto a su denominación social un anagrama confundible y un gráfico idéntico al de una sociedad vendedora. Calificación del anagrama que acompaña a la denominación social. Celebración por ambas sociedades de un convenio sobre el uso de los elementos comunes y registro posterior por la sociedad vendedora de los anagramas y el gráfico como mar-

- cas. Prevalencia de lo pactado por las partes en el convenio sobre la marca posterior», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 465 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Hacia una teoría general del contrato en Derecho navarro: concepto y formación», en *RJN*, núm. 24, 1997, pp. 11 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Contrato de distribución exclusiva; resolución por el concedente sin mediar justa causa; obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, entre los que se incluye el resarcimiento por clientela», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 283 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1997.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Contrato de agencia. Resolución por el principal sin haber mediado incumplimiento del agente. Omisión del plazo de preaviso pactado; procedencia de la indemnización por lucro cesante. Improcedencia de la indemnización por inversiones no amortizadas. Procedencia de la indemnización por clientela. Inaplicabilidad de la Ley sobre Contrato de Agencia por razón del momento en que tuvo lugar la celebración del contrato», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 629 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1997.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El "crédit" com a substitutiu del préstec en el finançament hipotecari de l'habitage, y la Llei 2/1994 de subrogacions y novacion», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 705 y ss.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Crédito y Garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 25 y ss.
- MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar: «Las operaciones con prima o regalo y la protección de los consumidores», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 8869 y ss.
- MORÁN GARCÍA, Manuel E.: «Tráfico contractual internacional de créditos titulizados y ámbito de aplicación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12863 y ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Desistimiento unilateral del inquilino. Sus consecuencias», en *Actualidad Civil*, núm. 29, 1998, pp. 695 y ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis: «La evicción invertida», en *La Ley*, 1998-1, D-24, pp. 1826 y siguientes.
- NIETO MENGOTTI, Juan Pablo: «El baremo para la indemnización de daños personales ocurridos en accidentes de circulación. Supuestos de muerte y lesiones», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 133 y ss.
- OLMO GARCÍA, Pedro del: «Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor», en *RCDI*, núm. 647, 1998, pp. 1245 y ss.
- ORIOI RUSCA I NADAL, Josep: «El delito de alcoholemia y la responsabilidad civil "ex delicto": una propuesta interpretativa», en *La Ley*, 1998-1, D-53, pp. 1991 y ss.



PALÁ LAGUNA, Emilio: «Algunas cuestiones en torno a la figura del “préstamo participativo” y su nuevo régimen jurídico», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 457 y ss.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: «Acceso a la propiedad por el arrendatario en los arrendamientos rústicos: principios de igualdad; irretroactividad de las leyes; valoración de las fincas. Procedencia del juicio de cognición. Congruencia», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 47 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1997

PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Angeles: «Capacidad del quebrado: seguro: acción directa; actos propios en contratos nulos; nulidad contractual: necesidad de reconvencción», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 17 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1997.

— «Contrato de arrendamiento financiero (leasing). Definición y contenido. Distinción con compraventa a plazos. Interpretación de los contratos», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 339 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Responsabilidad sanitaria y responsabilidad médica: contagio del VIH a través de transfusión sanguínea; no vinculación obligatoria de los Tribunales a las indemnizaciones que establece el RD 9/1993 sobre ayudas públicas a los afectados por el VIH; responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; responsabilidad subjetiva del Código Civil, culpa, fuerza mayor», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 777 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1998.

PÉREZ CONESA, Carmen: «Compraventa de inmuebles: resolución del contrato instada por el comprador. Requisitos de incumplimiento resolutorio; el mero retraso en el cumplimiento», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 241 y ss.

PINAZO OSUNA, Bernardo M.<sup>a</sup>: «Seguro de suscripción obligatoria y seguro voluntario del automóvil. Obligación de asegurarse. Ámbito. Declaración amistosa. Daños materiales. Valoración de la actividad probatoria en los accidentes de circulación», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 149 y ss.

PINTO AGER, Jesús: «Nota sobre la conveniencia y constitucionalidad del sistema de valoración judicial de daños personales», en *La Ley*, 1998-1, D-51, pp. 1771 y siguientes.

POCH SERRATS, Juan: «Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 231 y ss.

REAL PÉREZ, Alicia: «El incumplimiento del proveedor en el marco de la relación jurídica de *leasing*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.<sup>a</sup>) de 26 de febrero de 1996 (R.A. núm. 1264)», en *RDP*, mayo 1998, pp. 386 y ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Análisis de un supuesto de indefensión de los arrendadores de inmuebles urbanos», en *RCDI*, núm. 646, 1998, pp. 931 y ss.

- ROMERO ROMÁN, Francisco: «La mora del asegurador de responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor: la culpa del asegurador y la consignación», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 275 y ss.
- RUIZ LARREA, Nekane: «“El daño de procreación”: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?», en *La Ley*, 1998-1, D-62, pp. 2039 y ss.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Condición de tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil. Falta el requisito de la ajenidad cuando el tomador del seguro es accionista mayoritario de la sociedad que ha sufrido los daños. Improcedencia de la acción directa *ex* artículo 76 LCS, por confusión de personalidades entre el tomador del seguro y el tercero perjudicado. Persona jurídica: levantamiento del velo; confusión de personalidades entre el accionista mayoritario y administrador único, y la Sociedad Anónima. Aplicación de esta doctrina a efectos de negar la condición de tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 489 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1997.
- «Usura. Crédito bancario. Distinción entre intereses y comisiones, a los efectos de la Ley de Represión de la Usura. Diferencia entre los conceptos de Interés nominal y TAE», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 835 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998.
- «Validez o nulidad de una cláusula de estabilización en un contrato de préstamo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1997», en *RDP*, junio 1998, pp. 485 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: «Consentimiento prestado a través de fax. Validez y eficacia del contrato. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala I.<sup>a</sup>) de 30 de julio de 1996 (R.A. núm. 673)», en *RDP*, octubre 1998, pp. 747 y ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El derecho de tanteo y retracto en la Ley española de Arrendamientos Rústicos de 1980. Referencia al derecho de “prelazione” y “retratto” en Italia», en *RCDI*, núm. 646, 1998, pp. 791 y ss.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> Elena: «Congruencia entre la solicitud de resolución de contrato de compraventa y apreciación judicial, no solicitada, de “dolo incidental” en la vendedora, con la correspondiente condena a indemnizar los daños y perjuicios causados en importe igual al coste de la reparación para dejar la vivienda en buen estado. *Iura novit curia*», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 249 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1997.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> Eugenia: «El seguro de caución: especial referencia en el contrato de obra», en *RDP*, octubre 1998, pp. 737 y ss.
- TRUJILLO Díez, Iván Jesús: «Cooperativa de viviendas: responsabilidad de los cooperativistas adjudicatarios de viviendas frente a la empresa constructora. Liquidación en sede cooperativa de las cantidades a cuenta de la vivienda. Baja de socios y transcurso de cinco años desde su efectividad, pasados los

cuales termina la responsabilidad del socio frente a la cooperativa por las obligaciones asumidas por ésta con anterioridad a la baja», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 809 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998.

VERCHER NOGUERA, Antonio: «Algunas consideraciones sobre la recepción del principio “el que contamina paga” en el sistema legal español para la protección del medio ambiente», en *La Ley*, 1998-1, D-9, pp. 1744 y ss.

VERDERA SERVER, Rafael: «Enajenación de cosa común y resolución del contrato. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1998, pp. 749 y ss.

VICENT LÓPEZ, Cristina: «El subarriendo de local de negocio: Un estudio sobre el artículo 32 de la L. A. U. de 24 de noviembre de 1994», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 8825 y ss.

VIGURI PEREA, Agustín: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual a la luz del Derecho comparado», en *La Ley*, 1998-1, D-77, pp. 2112 y ss.

YZQUIEDO TOLSADA, Mariano: «Incumplimiento de contrato. Mora y dolo. Interpelación. Indemnización de daños y perjuicios y depreciación de la moneda. Obligaciones pecuniarias, intereses y daño mayor. Interpretación restrictiva de las cláusulas penales», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 319 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997.

— «Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 673 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998.

— «La responsabilidad del propietario no conductor del vehículo en el nuevo Código Penal», en *RDP*, julio-agosto 1998, pp. 515 y ss.

ZELEDÓN ZELEDÓN, Ricardo: «El principio de la responsabilidad ambiental en el Derecho agrario», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 771 y ss.

ZORNOZA PÉREZ, Juan: «Compraventa de bienes inmuebles. Precio aplazado. Pacto de reserva de dominio. Devengo del impuesto del IVA y obligación de pago por los compradores», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 737 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998.

## DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Intereses moratorios. Adjudicaciones de finca hipotecada a los acreedores y posterior cesión a un tercero sin haber consignado la cantidad correspondiente a intereses de demora no expresamente garantizados», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 765 y ss.

Comentario a la resolución de la DGRN de 11 de febrero de 1998.

- ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup> Luisa: «Aproximación al estudio de la usucapión en Derecho Civil Navarro», en *RJN*, núm. 23, 1997, pp. 59 y ss.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: «La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma», en *La Ley*, 1998, D-11, pp. 1754 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derechos sobre boceto original de escultura: derecho de propiedad sobre el soporte material; derechos de autor de explotación; derecho moral de autor sobre la divulgación: ejercicio del mismo *post mortem auctoris*», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 415 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1998.
- BOUZA, M. A., y FERNÁNDEZ ALBOR, A.: «Propiedad intelectual», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11168 y ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Derecho intemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión: la usucapión extraordinaria veintenal de la servidumbre de paso *ex* artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *La Ley*, 1998-1, D-64, pp. 2048 y ss.
- CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar: «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *RCDI*, núm. 648, 1998, pp. 1623 y ss.
- CARRAMOLINO GÓMEZ, Carlos: «Hipoteca legal tácita y crédito singularmente privilegiado (una breve reflexión a propósito de la resolución de 3 de abril de 1998)», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12729 y ss.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Propiedad industrial e intelectual. Cesión de derechos. Eficacia relativa de los contratos», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 75 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Extensión objetiva de la hipoteca. Reclamación de dos nuevas plantas elevadas sobre planta baja inscrita en el Registro con anterioridad a la constitución de la garantía», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 393 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997.
- «La ausencia de requerimiento de pago a un tercer adquirente extrarregistral en el ámbito del procedimiento judicial sumario y sus posibles consecuencias. Comentario a la sentencia del tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 (R. A. núm. 288)», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 828 y ss.
- DOENES, Noemí: «A propósito del Proyecto de Ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: una aproximación crítica a sus aspectos de Derecho internacional privado», en *La Ley*, 1998-2, D-82, pp. 1865 y ss.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., y BOUZA, M. A.: «Propiedad intelectual», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11168 y ss.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I.: «Controversias del derecho de sobreedificación», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 97 y ss.

- FUENTESECA, Cristina: «Aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a un complejo integrado por varios centros comerciales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1997», núm. 465, en *RDP*, septiembre 1998, pp. 653 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Tercería de dominio. Propiedad de inmuebles en fase de construcción. *Traditio ficta*. Prehorizontalidad», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 269 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel: «El denominado derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles: su peculiar problemática en el marco del actual mercado mundial de “time sharing”», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 1998, pp. 803 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1998, pp. 529 y ss.
- LLÁCER MATA CÁS, María Rosa: «Comunidad de bienes. Autorización no unánime dada a los arrendatarios para realización de obras que suponen alteración de la cosa común. Ausencia de representación aparente», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 37 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 1997.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «La problemática de las terrazas a nivel en los áticos», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 1998, pp. 623 y ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «El despertar registral en Hispanoamérica. Crónica del XII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral», en *RCDI*, núm. 647, 1998, pp. 1273 y ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El “crèdit” com a substitutiu del préstec en el finançament hipotecari de l’habitage, y la Llei 2/1994 de subrogacions y novacions», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 705 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 45 y ss.
- MONTERO AROCA, Juan: «Los requerimientos notarial y judicial en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *La Ley*, 1997-6, D-349, pp. 1676 y ss.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 25 y siguientes.
- MORA MATEO, José Enrique: «Efectos de la retroacción de la quiebra sobre hipotecas inscritas a favor de algunas entidades financieras», en *RGD*, junio 1998, pp. 7097 y ss.

- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», en *RCDI*, núm. 647, 1998, pp. 1209 y ss.
- MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, Jesús: «Medidas cautelares en materia de propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 61 y ss.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «La adquisición de la propiedad por subasta en los procesos de ejecución. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 24 de junio de 1997», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 815 y ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: «Acceso a la propiedad por el arrendatario en los arrendamientos rústicos: principios de igualdad; irretroactividad de las leyes; valoración de las fincas. Procedencia del juicio de cognición. Congruencia», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 47 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998.
- PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley*, 1997-6, D-316, pp. 1460 y ss.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.: «La doctrina reciente del Tribunal Supremo en materia de Propiedad intelectual», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11189 y ss.
- SAAVEDRA MONTERO, Eva: «La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas. Análisis del artículo 111 de la Ley Hipotecaria», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 1998, pp. 939 y ss.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos: «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la prenda de saldos: historia de una rectificación», en *La Ley*, 1998-2, D-100, pp. 1941 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La armonización de los derechos de autor. Propuesta de Directiva sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y conexos en la sociedad de la información. Su posible repercusión en la legislación española sobre derechos de autor», en *La Ley*, 1998-1, D-78, pp. 2124 y ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Intervención de terceros no poseedores en el proceso de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14123 y ss.
- VALLS GOMBAU, José Francisco: «Medidas cautelares en la Ley de protección intelectual», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 173 y ss.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «El objeto de la hipoteca en el Derecho puertorriqueño», en *RCDI*, núm. 646, 1998, pp. 675 y ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Enajenación de cosa común y resolución del contrato. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1998, pp. 749 y ss.

- ZURILLA CARIÑANA, M.<sup>a</sup> Ángeles: «Inscripción de la transmisión de una cuota indivisa de un local de un edificio en propiedad horizontal destinado a garaje, gravado con hipoteca. Distribución de responsabilidad hipotecaria», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 639 y ss.  
Comentario a la resolución de la DGRN de 5 de enero de 1998.

## DERECHO DE FAMILIA

- ALEMANY GAL-BOGUÑA, José M.<sup>a</sup>: «La posibilidad de contratos prematrimoniales», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 741 y ss.
- BELDA CASANOVA, César: «El artículo 1357.2 del Código Civil o una forma irregular de aportación a la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 1998-1, D-70, pp. 2076 y ss.
- BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> Amalia: «Régimen jurídico de los actos de gestión sobre la vivienda familiar de naturaleza ganancial», en *La Ley*, 1998-2, D-104, pp. 1963 y siguientes.
- BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «Separació de béns o participació: Comentari de l'art. 23 de la Compilació (Discurs d'ingrés)», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 665 y ss.
- EIRANOVA ENCINAS, Miriam: «¿Reservarse el derecho a la fecundación artificial produce la nulidad del matrimonio?», en *La Ley*, 1998-1, D-42, pp. 1940 y ss.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A., y BOUZA M. A.: «Propiedad intelectual», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11168 y ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Begoña: «Impugnación de paternidad de una hija nacida dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio e inscrita por el padre impugnante en el Registro Civil. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997», en *RDP*, septiembre 1998, pp. 669 y ss.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique: «De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España», en *RDP*, septiembre 1998, pp. 628 y ss.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: «Reconocimiento de un hijo ilegítimo no natural efectuado en 1958: su validez actual y repercusiones registrales», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 1998, pp. 893 y ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La adopción de mayores de edad», en *Actualidad Civil*, núm. 41, 1998, pp. 993 y ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», en *RCDI*, núm. 648, 1998, pp. 1509 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Efectos del convenio regulador no aprobado judicialmente», en *La Ley*, 1997-6, D-320, pp. 1481 y ss.
- «Imprudencia de la nulidad matrimonial por no comportar la fidelidad», en *La Ley*, 1998-1, D-2, pp. 1706 y ss.

- «Incidencia del régimen de separación de bienes en las obligaciones de pago del precio en el contrato de compraventa», en *La Ley*, 1998-1, D-21, pp. 1808 y ss.
- «Criterios sobre el régimen económico de las uniones de hecho», en *La Ley*, 1997-6, D-340, pp. 1633 y ss.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel: «La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones», en *RGD*, junio 1998, pp. 7041 y ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves I.: «Sociedad de gananciales disuelta y no liquidada. Asunción de obligación por uno de los cónyuges con posterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, pero antes de su inscripción en el Registro Civil. Deuda contraída por el marido en el ejercicio del comercio», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 881 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998.
- NAVARRO VALLS, Rafael: «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 764 y ss.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio: «Una sentencia que prescinde del papel del Fiscal en los procesos de filiación: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997», en *La Ley*, 1998-2, D-115, pp. 2030 y ss.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel: «Matrimonio y libertad sexual (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)», en *La Ley*, 1998-1, D-32, pp. 1870 y ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Petición de herencia: acción interpuesta por quien se atribuye la cualidad de hijo no matrimonial del causante. Derecho transitorio: reconocimiento en escritura pública de hijo ilegítimo no natural; consentimiento del hijo mayor de edad», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 157 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1997.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Convivencia de hecho de una pareja heterosexual. Terminación de la convivencia. Comunidad de bienes», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 189 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997.
- «Convivencia *more uxorio*. Atribución de la vivienda familiar: principio general de Derecho», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 867 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998.
- SENCIO SÁNCHEZ, Carmen, y SILLERO CROVETTO, Blanca: «La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 1998, pp. 1083 y ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Sociedad de gananciales: activo: cuentas corrientes bancarias en forma conjunta e indistinta; bienes privativos por subrogación real: destrucción de la presunción de comunidad, inexistencia de atribución voluntaria de ganancialidad e inexistencia de acto propio; reembolso del dinero privativo confundido en el patrimonio común: prueba de presunciones», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 87 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1997.



- SILLERO CROVETTO, Blanca, y SENCIO SÁNCHEZ, Carmen: «La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 1998, pp. 1083 y ss.
- TORRERO MUÑOZ, Magda: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 10625 y ss.
- UHIA ALONSO, Josefa M.<sup>a</sup>: «Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional», en *La Ley*, 1998-1, D-46, pp. 1960 y ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii* (A propósito del auto del Tribunal Constitucional 222/1994)», en *RDP*, octubre 1998, pp. 683 y ss.

## DERECHO DE SUCESIONES

- BARRÓN ARNICHES, Paloma de: «El pacto de renuncia a la legítima futura en el derecho civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 1998, pp. 325 y ss.
- BOLÁS ALFONSO, Juan: «La partición hecha por contador partidor. Cuestiones prácticas», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 97 y ss.
- CARRIÓN, Salvador: «Algunas consideraciones en torno al artículo 752 del Código Civil», en *RDP*, septiembre 1998, pp. 603 y ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Transmisión de cosa legada mediante representante», en *RGD*, junio 1998, pp. 7075 y ss.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Aceptación tácita de la herencia», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 401 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Subrogación artículo 60.1 de la LAU (1964). Indisponibilidad de tal derecho por testamento: inexistencia de legado de cosa ajena. Comunidad sobre derecho arrendaticio: extinción», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 821 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1998.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel: «La venta de herencia una vez hecha la partición», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 1998, pp. 1009 y ss.
- LIS ESTÉVEZ, Rafael: «Medidas preventivas en los juicios de testamentaría. Declaración de herederos. Administración del abintestado y de la testamentaría», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 139 y ss.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel: «La incidencia de las rupturas matrimoniales en el derecho de sucesiones», en *RGD*, junio 1998, pp. 7041 y ss.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús: «Juicio de testamentaría», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 9 y ss.

- MARTÍNEZ DÍE, Rafael: «Partición de la herencia efectuada por los herederos», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 159 y ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Petición de herencia: acción interpuesta por quien se atribuye la cualidad de hijo no matrimonial del causante. Derecho transitorio: reconocimiento en escritura pública de hijo ilegítimo no natural; consentimiento del hijo mayor de edad», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 157 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1997.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Interpretación del testamento. Prueba extrínseca. Sustitución fideicomisaria. Saneamiento por evicción», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 601 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1997.

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

- BELLIDO PENADÉS, Rafael: «La tutela cautelar de la propiedad industrial, competencia desleal y materias afines. Propuestas para su reforma», en *La Ley*, 1998-1, D-11, pp. 1754 y ss.
- CORTÉS, Sonia: «La fijación horizontal de precios concertados (Comentario a la resolución del tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de junio de 1997)», en *La Ley*, 1998-1, D-60, pp. 2029 y ss.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «La confusión y la asociación en la imitación de creaciones. Especial referencia al valor estético de la creación», en *RGD*, junio 1998, pp. 7707 y ss.
- FARIAS BATLLE, Mercedes: «Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)», en *RCDI*, núm. 646, 1998, pp. 903 y ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Algunas ideas sobre los dos primeros apartados del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 715 y ss.
- GONDRA, José María: «La estructura jurídica de la empresa», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 493 y ss.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La fe pública mercantil y la Agrupación de Corredores de Comercio Colegiados», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 1998, pp. 1035 y ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «El cierre del Registro Mercantil: problemas que plantea su aplicación», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 282 y ss.
- LLOBREGAT, María Luisa: «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 51 y ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos: marca. Violación del derecho de marca inscrito: no requiere actos continuos o en masa; prueba pericial: por ser de libre valoración, no se puede impugnar en casación, salvo en circunstancias muy excepcionales. Aplicación correcta de los artículos 35 a 39 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 109 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997.

MARTÍN ARESTI, Pilar: «Transmisión a un tercero de la participación en el capital de una sociedad que utiliza junto a su denominación social un anagrama confundible y un gráfico idéntico al de una sociedad vendedora. Calificación del anagrama que acompaña a la denominación social. Celebración por ambas sociedades de un convenio sobre el uso de los elementos comunes y registro posterior por la sociedad vendedora de los anagramas y el gráfico como marcas. Prevalencia de los pactado por las partes en el convenio frente al derecho sobre la marca posterior», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 465 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997.

MASSAGUER, José: «Conflictos de marcas en Internet», en *RGD*, septiembre 1998, p. 11107 y ss.

MONTEAGUDO, M.: «Algunas consideraciones en torno al ámbito objetivo de protección de la marca. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de 23 de febrero de 1998», en *RGD*, septiembre 1998, p. 11215.

MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, Jesús: «Medidas cautelares en materia de propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 61 y ss.

OLIVA SANTOS, Andrés de la: «Medidas cautelares en la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 269 y ss.

PATIÑO ALVES, Beatriz: «La imitación de los envases y de las formas tridimensionales», en *RGD*, junio 1998, pp. 7677 y ss.

RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María: «Medidas cautelares en competencia desleal», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 321 y ss.

SÁNCHEZ PARRA, J. (bajo la dirección de GÓMEZ MONTERO, J.): «Invenciones y creaciones de forma», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11143 y ss.

SOLER MASOTA, Paz: «¿Hacia un nuevo enjuiciamiento antitrust de la fijación vertical de precios?», en *RGD*, junio 1998, pp. 7655 y ss.

VEGA GARCÍA, Fernando L. de la : «La comparación en sentido jurídico como acto de concurrencia lícito. Aspectos generales», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 155 y ss.

— «Filiales comunes coordinadoras de comportamientos competitivos de empresas independientes y Derecho de la Competencia», en *RGD*, junio 1998, pp. 7567 y ss.

VILLA VEGA, Enrique: «Marcas. Objeto de la protección. Indemnización de daños y perjuicios. Presunción de su existencia. Competencia desleal. Legitimación pasiva *ad causam*. Carga de la prueba», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 847 y ss. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1998.

TOVILLAS RAMÍREZ, P., y ZAMBRINI, M. (bajo la dirección de MONTEAGUDO, M.): «Signos distintivos», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11154 y ss.

ZAMBRINI, M., y TOVILLAS RAMÍREZ, P. (bajo la dirección de MONTEAGUDO, M.): «Signos distintivos», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11154 y ss.

## DERECHO DE SOCIEDADES

ALCALÁ DÍAZ, M.<sup>a</sup> Ángeles: «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 89 y ss.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio en fraude a la ley», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 294 y ss.

ARIAS LOZANO, David: «La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 281 y ss.

BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo: «Los contratos de opción sobre acciones», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 45 y ss.

CABANAS TREJO, Ricardo, y TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «Una cuestión al fin resuelta: el encuadramiento de administradores y socios en el sistema de la Seguridad Social (Breve comentario de la disposición adicional 43 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre)», en *La Ley*, 1998-2, D-106, pp. 1983 y ss.

CACHÓN BLANCO, José Enrique: «Sentencia de 1 de febrero de 1997 de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Asturias sobre orden de compra de acciones», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 547 y ss.

CALVO GUTIÉRREZ, Carlos: «¿El simple embargo de la mayoría de las acciones de una sociedad es presupuesto suficiente para la aplicación del Decreto-ley 18/1969, de 20 de octubre, sobre administración judicial de empresas embargadas?», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 336 y ss.

CAMPO VILLEGAS, Elías: «El arbitraje en las sociedades mercantiles», en *RJC*, núm. 2, 1998, pp. 313 y ss.

CERDÁ ALBERO, Fernando: «Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales», en *RGD*, julio-agosto, 1998, p. 9331 y siguientes.

CHEVES AGUILAR, Nazira María: «Los beneficiarios del derecho de adquisición preferente en las transmisiones voluntarias de acciones», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 139 y ss.

- COMISIÓN ESPECIAL PARA EL ESTUDIO DE UN CÓDIGO ÉTICO DE LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES: «El gobierno de las Sociedades», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 733 y ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «La denominación social (estatal o comunitaria) de las agrupaciones europeas de interés económico. Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997», en *La Ley*, 1998-1, D-59, pp. 2028 y ss.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor: «El derecho de separación del socio en la SRL (comentario a la STS 10 febrero 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 390 y ss.
- «La introducción del euro en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 196 y ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Problemas actuales de la integración cooperativa», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 7 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Aplicación de resultados en la sociedad dominante y cuentas consolidadas», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 186 y ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis: «Cuestiones estatutarias de la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 593 y ss.
- «Aspectos de la escritura de constitución en la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 13 y ss.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan: «Las OPAS y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 37 y ss.
- FRADEJAS RUEDA, Olga M<sup>a</sup>: «La Sociedad Anónima Deportiva», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 206 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier: «Adquisición del 50 % de una sociedad limitada que tiene como principal activo una participación significativa de una sociedad cotizada, y eventual obligación de formular una OPA», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 267 y ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «El derecho del accionista a la asistencia a la Junta General de la Sociedad Anónima», en *La Ley*, 1998-1, D-10, pp. 1753 y ss.
- GAYÁ ROTGER, Lourdes, y MOROTE MENDOZA, Jesús: «Procedencia de la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas de derecho público, exigida en vía administrativa (comentario a la STSJ Baleares 14 octubre 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 403 y ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Donación de acciones de sociedad anónima con cláusula de reversión a favor de terceros. Alcance de la reversión: el destino de las nuevas acciones adquiridas con base en las antiguas», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 299 y ss.
- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1997.
- GRIMA, Juan: «Jornada sobre “El Informe Olivencia y el Corporate Governance”», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9377 y ss.
- GURRERO LEBRÓN, María Jesús: «Infracción de las normas de la instancia: excepción de litispendencia indebidamente apreciada; no produce indefensión.

- Impugnación de acuerdos sociales: validez de convocatoria efectuada por administradores cuyo mandato estaba caducado; defectos en la lista de asistentes; lesión del derecho de información; lesión del interés social en beneficio de uno o varios accionistas, y nombramiento por los administradores en sociedad obligada a verificación contable», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 173 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1997.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael: «Reglamentación interna de los Consejos de administración», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 127 y ss.
- KIRCHNER, Pedro: «Comentario del Proyecto de Ley sobre Introducción del Euro: la regulación de los aspectos societarios y contractuales», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14693 y ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La organización administrativa de las sociedades laborales y el derecho de representación proporcional», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 679 y ss.
- LARGO GIL, Rita: «Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 143 y ss.
- LEÓN SANZ, Francisco: «Fusión, transformación y otras modificaciones estructurales de sociedades cooperativas», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 25 y ss.
- LETE ACHIRICA, Carlos: «Régimen fiscal de las sociedades de tenencia de valores extranjeros», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 477 y ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Nulidad de compraventa de inmuebles de una Sociedad Anónima concertada por Administrador único, en favor de otra Sociedad Anónima, instada por socios minoritarios de la entidad vendedora. Legitimación de los accionistas para solicitar la nulidad de los contratos celebrados por quien ostenta representación orgánica. Responsabilidad del Administrador: acción social y acción individual. Tutela judicial efectiva», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 227 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Manuel: «Una reflexión sobre la regulación del procedimiento de las ofertas públicas de venta de valores y los problemas originados por la demanda masiva de acciones», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 217 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral: un modelo societario en progreso», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14063 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Fundación, sociedad mercantil y actividad empresarial», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 318 y ss.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Transmisión a un tercero de la participación en el capital de una sociedad que utiliza junto a su denominación social un anagrama confundible y un gráfico idéntico al de una sociedad vendedora. Calificación del anagrama que acompaña a la denominación social. Celebración por ambas sociedades de un convenio sobre el uso de los elementos comunes y registro posterior por la sociedad vendedora de los anagramas y el gráfico como mar-

- cas. Prevalencia de los pactado por las partes en el convenio frente al derecho sobre la marca posterior», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 465 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1997.
- MASSAGUER, J.: «La cesión global de activo y pasivo», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 655 y ss.
- MATEO DÍAZ, José: «Naturaleza jurídica de las acciones a efectos del Impuesto de Sucesiones», en *La Ley*, 1997-6, D-313, pp. 1449 y ss.
- MIGUENS, Héctor José: «La subordinación equitativa de las demandas intersocietarias dentro de un grupo de Sociedades en el Derecho concursal norteamericano», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 245 y ss.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «El Derecho y los Grupos de Sociedades: entre garantismo jurídico y flexibilidad económica», en *La Ley*, 1997-6, D-327, pp. 1547 y ss.
- MONGE GIL, Ángel Luis: «La responsabilidad de los administradores de las Sociedades de Capital: aspectos civiles, penales y fiscales», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 715 y ss.
- MOROTE MENDOZA, Jesús, y GAYÀ ROTGER, Lourdes: «Procedencia de la responsabilidad solidaria de los administradores por deudas de derecho público, exigida en vía administrativa (comentario a la STSJ Baleares 14 octubre 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 403 y ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «La prenda de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 226 y ss.
- PACHECO GUEVARA, Andrés: «Prescripción de la acción individual de responsabilidad de los socios frente a los administradores de las sociedades anónimas y limitadas», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 517 y ss.
- PALÁ LAGUNA, Emilio, y PALÁ LAGUNA, Reyes: «Impugnabilidad del acuerdo, del Consejo de Administración de una sociedad anónima, de formulación de las cuentas anuales», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 297 y ss.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «La reactivación de la sociedad de responsabilidad limitada disuelta», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 69 y ss.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «Prestaciones accesorias sociales: delimitación y posibles contenidos. Concreción de la figura ante la ausencia de especificaciones estatutarias (STS de 15 de abril de 1997)», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 291 y ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Acciones», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9428 y ss.
- POLO VEREDA, Javier: «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en *La Ley*, 1998-2, D-118, pp. 2044 y ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús A.: «Acción de impugnación de junta y de acuerdos sociales. Representación. Acuerdo de separación de administradores. Interpretación del artículo 99 LSA sobre junta universal de accionistas», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 503 y ss.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1997.

SABATER BAYLE, Elsa: «Condición de tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil. Falta el requisito de la ajenidad cuando el tomador del seguro es accionista mayoritario de la sociedad que ha sufrido los daños. Improcedencia de la acción directa *ex* artículo 76 LCS, por confusión de personalidades entre el tomador del seguro y el tercero perjudicado. Persona jurídica: levantamiento del velo; confusión de personalidades entre el accionista mayoritario y administrador único, y la Sociedad Anónima. Aplicación de esta doctrina a efectos de negar la condición de tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 489 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1997.

SALAS MURILLO, Sofía: «Clubes de Fútbol. Jurisdicción competente. Expulsión de socio: readmisión por nulidad. Posterior conversión del Club en Sociedad Anónima», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 525 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997.

SALINAS, Carlos: «Disolución y liquidación», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9455 y siguientes.

SALVADOR JOVANÍ, M.<sup>a</sup> Carmen: «Levantamiento del velo de la personalidad jurídica», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9423 y ss.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones (Comentario al art. 9 LSRL)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 61 y ss.

— «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 117 y ss.

SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica: «El momento de la proposición del convenio en la quiebra de sociedades», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 228 y ss.

SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Quórum para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y consiguiente destitución del administrador de sociedad de responsabilidad limitada (STS de 30 de diciembre de 1997)», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 300 y ss.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes: «Apoderamiento general en favor de un consejero (STS 19 febrero 1997)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 347 y ss.

SÁNCHEZ RUS, Heliodoro: «La sociedad unipersonal», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9297 y ss.

SAN SEBASTIÁN FLECHOSO, Federico: «Reflexiones sobre gobierno corporativo comparado (a propósito de un reciente libro)», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 499 y ss.

SOLER MASOTA, Paz, y TOVILLAS RAMÍREZ, M.<sup>a</sup> Pilar: «Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9475 y ss.

TOMILLO URBINA, Jorge Luis: «La división de acciones», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 63 y ss.



- TOVILLAS RAMÍREZ, M.<sup>a</sup> Pilar, y SOLER MASOTA, Paz: «Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9475 y ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco, y CABANAS TREJO, Ricardo: «Una cuestión al fin resuelta: el encuadramiento de administradores y socios en el sistema de la Seguridad Social (Breve comentario de la disposición adicional 43 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre)», en *La Ley*, 1998-2, D-106, pp. 1983 y ss.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás: «Administradores», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9446 y ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9355 y ss.
- «Valencia. Fútbol y acciones: un caso práctico (sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Valencia de 26 de enero de 1998)», en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 9389 y ss.
- VIGUERA RUBIO, José María: «Reflexiones críticas sobre la “constitución” de la sociedad de capital», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 43 y ss.

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ABDALA, Martín E.: «La regulación jurídica de los Fondos de Inversión en el Derecho Alemán», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp.135 y ss.
- COTTINO, Gastone, y WEIGMANN, Roberto: «Primeras impresiones sobre el nuevo Texto Único Italiano de las disposiciones en materia de mercados financieros», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 185 y ss.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «La fe pública mercantil y la Agrupación de Corredores de Comercio Colegiados», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 1998, pp. 1035 y ss.
- MONTERO PASCUAL, Juan José: «Naturaleza, estructura y funciones de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12305 y ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «Responsabilidad civil de Agente de Cambio y bolsa en funciones de Corredor de Comercio al no asegurarse de la legitimidad de las firmas estampadas en una póliza de préstamo por él intervenida, resultando ser falsa una de las firmas de los otorgantes», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 141 y ss.  
Comentario a la Sentencia del tribunal Supremo de 11 de octubre de 1997.
- «La modificación del Reglamento de los corredores de comercio y la contratación bancaria», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 329 y ss.
- PADRÓS REIG, Carlos: «La globalización del Derecho bancario», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 441 y ss.
- PERALES VISCASILLAS, M.<sup>a</sup> del Pilar: «Chips, Fedwire, Target & Co.: Los sistemas interbancarios de transferencias electrónicas de fondos y el control de sus riesgos sistémicos», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 365 y ss.

- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio: «Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 81 y ss.
- SIMÕES PATRICIO, José: «Autonomía de los bancos centrales: perspectiva de Derecho comparado» (Traducción de María José VAÑÓ VAÑÓ), en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 9 y ss.
- WEIGMANN, Roberto, y COTTINO, Gastone: «Primeras impresiones sobre el nuevo Texto Único Italiano de las disposiciones en materia de mercados financieros», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 185 y ss.

## CONTRATOS MERCANTILES

- ABDALA, Martín E.: «La regulación jurídica de los Fondos de Inversión en el Derecho Alemán», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 135 y ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Efectos del convenio concursal sobre los avales bancarios. (Comentario a la STS de 8 de enero de 1997)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 155 y ss.
- «Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 625 y ss.
- ALCOVER GARAU, Guillermo, y MARTÍNEZ NADAL, Apollònia: «Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 521 y ss.
- ARROYO FIESTAS, Francisco Javier: «El perjudicado y el seguro del Automóvil», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 13 y ss.
- AYALA BLANCA, Rocío, y BORDÉS RUIZ, Ángel: «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, 1998-2, D-85, pp. 1868 y ss.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo: «Los contratos de opción sobre acciones», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 45 y ss.
- BATALLER GRAU, Juan: «Consideraciones en torno a una recensión sobre el coaseguro», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 313 y ss.
- BENAVENTE SEGORB, Rafael: «Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14625 y ss.
- BORDÉS RUIZ, Ángel, y AYALA BLANCA, Rocío: «Problemática actual en torno a la cotitularidad de las cuentas de dinero en entidades de crédito», en *La Ley*, 1998-2, D-85, pp. 1868 y ss.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.<sup>a</sup>: «La ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 619 y ss.
- CRUZ TORRES, Rafael: «El *factoring* internacional: estructuras y modalidades operativas», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 225 y ss.

- ENTRENA CUESTA, Ramón: «Constitucionalidad de la valoración tasada del daño personal», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 85 y ss.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «La validez de las cláusulas “Claim Made” antes y después de la modificación del artículo 73 LCS por la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14667 y ss.
- FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: «El aval en documento separado como afianzamiento de obligaciones cambiarias. (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 31 de octubre de 1996, Sección 1.ª)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 189 y ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «Créditos participativos», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 13 y ss.
- GÓMEZ MENDOZA, María: «La prescripción del derecho al precio en las ventas a un consumidor que paga con tarjeta de crédito comercial. (Comentario a la SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 6 de marzo de 1997)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 229 y ss.
- JUSTE MENCIA, Javier: «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-339, pp. 1615 y ss.
- KIRCHNER, Pedro: «Comentario del Proyecto de Ley sobre Introducción del Euro: la regulación de los aspectos societarios y contractuales», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14693 y ss.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, Marta: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *La Ley*, 1998-1, D-8, pp. 1730 y siguientes.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Andrés: «La Ley sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos. Principios inspiradores. Algunas cuestiones procesales. Consorcio, OFESAUTO y CLEA», en *CJD*, núm. XII, 1997, pp. 45 y ss.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: «En torno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 1996)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 161 y siguientes.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La nueva Ley sobre condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, 1998-1, D-37, pp. 1910 y ss.
- MARTÍNEZ NADAL, Apollònia, y ALCOVER GARAU, Guillermo: «Contrato de cuenta corriente bancaria y licitud de las comisiones de mantenimiento y administración», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 521 y ss.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Contrato de distribución exclusiva; resolución por el concedente sin mediar justa causa; obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, entre los que se incluye el resarcimiento por clientela», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 283 y ss.
- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1997.

MERCADAL VIDAL, Francisco: «Contrato de agencia. Resolución por el principal sin haber mediado incumplimiento del agente. Omisión del plazo de preaviso pactado; procedencia de la indemnización por lucro cesante. Improcedencia de la indemnización por inversiones no amortizadas. Procedencia de la indemnización por clientela. Inaplicabilidad de la Ley sobre Contrato de Agencia por razón del momento en que tuvo lugar la celebración del contrato», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 629 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1997.

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Contrato de transporte marítimo: Ley extranjera aplicable y principio de *iura novit curia* "atenuado". A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 3 de marzo de 1997», en *La Ley*, 1998-2, D-89, pp. 1894 y ss.

MESA DÁVILA, Francisco: «Factoring con regreso y cesión de créditos», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 565 y ss.

MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar: «Las operaciones con prima o regalo y la protección de los consumidores». en *RGD*, julio-agosto 1998, pp. 8869 y ss.

MUÑOZ PAREDES, José María: «Dúplica adecuada sobre el coaseguro», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 319 y ss.

NIETO CAROL, Ubaldo: «La modificación del Reglamento de los corredores de comercio y la contratación bancaria», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 329 y ss.

NIETO MENGOTTI, Juan Pablo: «El baremo para la indemnización de daños personales ocurridos en accidentes de circulación. Supuestos de muerte y lesiones», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 133 y ss.

PALÁ LAGUNA, Emilio: «Algunas cuestiones en torno a la figura del "préstamo participativo" y su nuevo régimen jurídico», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 457 y ss.

PERALES VISCASILLAS, M.ª del Pilar: «Chips, Fedwire, Target & Co.: Los sistemas interbancarios de transferencias electrónicas de fondos y el control de sus riesgos sistémicos», en *RDBB*, núm. 70, 1998, pp. 365 y ss.

PINAZO OSUNA, Bernadro M.ª: «Seguro de suscripción obligatoria y seguro voluntario del automóvil. Obligación de asegurarse. Ámbito. Declaración amistosa. Daños materiales. Valoración de la actividad probatoria en los accidentes de circulación», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 149 y ss.

POCH SERRATS, Juan: «Las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 231 y ss.

RODRÍGUEZ BENOT, Andrés: «Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del TJCE en el Asunto C-269/95, *Francesco Benincasa c. Dental-kit SRL*, de 3 de julio de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-344, pp. 1651 y ss.

ROMERO ROMÁN, Francisco: «La mora del asegurador de responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor: la culpa del asegurador y la consignación», en *CDJ*, núm. XII, 1997, pp. 275 y ss.

## TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel: «El aval en documento separado como afianzamiento de obligaciones cambiarias. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 31 de octubre de 1996, Sección 1.ª)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 189 y ss.

GARCÍA VARELA, Román: «El truncamiento y la falsificación de cheques», en *La Ley*, 1998-2, D-96, pp. 1926 y ss.

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: «Notas sobre los “procesos monitorio y cambiario” en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-2, D-113, pp. 2018 y ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Venta a plazos de bienes muebles. Desembolso inicial instrumentalizado en letras de cambio. Impago de esas letras y de las posteriores. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 749 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «El deber de restitución de los efectos descontados (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1996)», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 207 y ss.

NIETO CAROL, Ubaldo: «Responsabilidad civil de agente de Cambio y Bolsa en funciones de Corredor de Comercio al no asegurarse de la legitimidad de las firmas estampadas en una póliza de préstamo por él intervenida, resultando ser falsa una de las firmas de los otorgantes», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 141 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1997.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «De nuevo sobre las falsas obligaciones hipotecarias al portador emitidas por particulares. (Comentario a la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 5/2/97)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 213 y ss.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M.ª: «La prohibición de emitir obligaciones y otros valores negociables agrupados en emisiones (Comentario al art. 9 LSRL)», en *RDS*, núm. 9, 1997, pp. 61 y ss.

## DERECHO CONCURSAL

ALCOVER GARAU, Guillermo: «Efectos del convenio concursal sobre los avales bancarios (Comentario a la STS de 8 de enero de 1997)», en *RDBB*, núm. 69, 1998, pp. 155 y ss.

ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos: «Suspensión de pagos de la arrendataria financiera. Crédito de la sociedad de leasing. Capacidad del empresario declarado en suspensión de pagos. Naturaleza del convenio de acreedores. Naturaleza del contrato de leasing», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 689 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1998.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Suspensión de pagos: créditos privilegiados. Los interventores no han de estar presentes en el juicio declarativo ordinario “impugnatorio” de la Lista definitiva. Derecho de abstención: no corresponde al crédito derivado de préstamo formalizado en escritura pública», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 647 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998.

MACHADO PLAZAS, José: «La distinción entre la dación en pago y la cesión “pro solvendo” contenidas en un convenio concursal (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1997)», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11085 y ss.

— «El privilegio salarial refaccionario (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo –Sala Cuarta– de 17 de noviembre de 1997)», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11097 y ss.

MIGUENS, Héctor José: «La subordinación equitativa de las demandas intersocietarias dentro de un grupo de Sociedades en el derecho concursal norteamericano», en *RDM*, núm. 227, 1998, pp. 245 y ss.

MORA MATEO, José Enrique: «Efectos de la retroacción de la quiebra sobre hipotecas inscritas a favor de algunas entidades financieras», en *RGD*, junio 1998, pp. 7097 y ss.

PANTALEÓN, Fernando: «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal», en *La Ley*, 1997-6, D-316, pp. 1460 y ss.

SAGRERA TIZÓN, José María: «La competencia territorial para entender de los expedientes de suspensión de pagos», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11065 y ss.

SALA REIXACHS, Alberto: «Las ventajas especiales y la “par conditio creditorum” en la suspensión de pagos», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 11071 y ss.

SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica: «El momento de la proposición del convenio en la quiebra de sociedades. Análisis jurisprudencial», en *RDS*, núm. 10, 1998, pp. 228 y ss.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ARANA GARCÍA, Estanislao: «Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998», en *RDU*, núm. 162, 1998, pp. 151 y ss.

BARNES VÁZQUEZ, Javier: «La distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo. Una síntesis de los criterios fundamentales a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997», en *La Ley*, 1997-6, D-351, pp. 1685 y ss.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: «Condicionamiento de licencias y convenios urbanísticos (Análisis jurisprudencial)», en *RDPat.*, núm. 1, 1998, pp. 135 y ss.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 109 y ss.

- CATALÁN SENDER, Jesús: «El derecho de reintegro de los gastos de urbanización contra las compañías suministradoras de energía eléctrica», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 75 y ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Urbanismo y responsabilidad patrimonial», en *RDU*, núm. 162, 1998, pp. 55 y ss.
- «La ejecución subsidiaria en materia de urbanismo», en *RDU*, núm. 164, 1998, pp. 29 y ss.
- CORVINOS BASECA, Pedro: «La declaración de obra nueva, el derecho a la edificación y la disciplina urbanística», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 13 y ss.
- DÍAZ LEMA, José Manuel: «El régimen transitorio del suelo en la Ley 6/1998, de 13 de abril», en *RDU*, núm. 161, 1998, pp. 89 y ss.
- GARCÍA ERVITI, Francisco: «Las valoraciones en la nueva Ley del suelo», en *RDU*, núm. 161, 1998, pp. 57 y ss.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «La valoración de los terrenos en la nueva Ley del Suelo», en *La Ley*, 1998-1, D-57, pp. 2019 y ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «Sobre la alteración del planeamiento», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 13 y ss.
- «Los intereses del gran capital en el mundo del urbanismo. El proceso de debilitamiento de la relación entre planes», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 65 y ss.
- GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAZ, Víctor: «La corrección de valor por antigüedad del inmueble y su influencia en las fórmulas de valoración», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 107 y ss.
- GRAU ÁVILA, Sebastián: «El suelo urbano en la Ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 123 y ss.
- «Acto presunto y resolución expresa tardía (Una relectura del inciso final del párrafo 2 del artículo 44 de la LRJPSC)», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 89 y ss.
- IGLESIA CHAMARRO, Asunción de la: «El artículo 149.1.1.º de la Constitución Española en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 (Ley del Suelo)», en *RJN*, núm. 24, 1997, pp. 173 y ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe: «El principio de equidistribución y la delimitación de unidades de ejecución», en *RDU*, núm. 164, 1998, pp. 11 y ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 137 y ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «La incidencia de la Ley 6/98 en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio», en *RDU*, núm. 161, 1998, pp. 11 y ss.
- LORENTE TALLADA, José Luis: «El aprovechamiento urbanístico en suelo urbano en la Comunidad Valenciana», en *RGD*, julio 1998, pp. 8801 y ss.
- OLIVÁN DEL CACHO, Javier: «La imposibilidad de aprobar planes urbanísticos por delegación», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 857 y ss.

- PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso: «Hacia la racionalización del uso de los recursos naturales: la planificación ambiental», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 143 y siguientes.
- PORTO REY, Enrique: «Incidencia práctica de la nueva Ley en los instrumentos de planeamiento y de equidistribución en los períodos general y transitorio», en *RDU*, núm. 161, 1998, pp. 115 y ss.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús M.<sup>a</sup>: «Régimen jurídico de los cascos antiguos declarados bien de interés cultural-conjunto histórico», en *RJN*, núm. 24, 1997, pp. 155 y siguientes.
- ROCA ROCA, Eduardo: «Campos de golf y ordenación del territorio: régimen jurídico», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 119 y ss.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Líneas básicas de la legislación urbanística de la República Federal de Alemania», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 29 y ss.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Ordenación urbanística y medio ambiente. En especial espacios naturales protegidos», en *RDU*, núm. 164, 1998, pp. 125 y ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Eficacia e ineficacia jurídicas de los Planes urbanísticos. Segunda Parte: La falta de publicación de los Planes y sus efectos jurídicos», en *RDU*, núm. 162, 1998, pp. 11 y ss.
- «Protección de la legalidad urbanística: problemas prácticos», en *RDU*, núm. 164, 1998, pp. 77 y ss.
- VERCHER NOGUERA, Antonio: «Algunas consideraciones sobre la recepción del principio “el que contamina paga” en el sistema legal español para la protección del medio ambiente», en *La Ley*, 1998-1, D-9, pp. 1744 y ss.
- VILLALBA CASAS, Juan José: «Análisis de la Ley 9/1997, de 13 de octubre, de medidas transitorias en materia de urbanismo de Castilla y León», en *RDU*, núm. 163, 1998, pp. 63 y ss.
- «Incidencia de la Ley sobre Régimen del suelo y Valoraciones en la Ley 9/1997 de Castilla y León, de Medidas Transitorias en Materia de Urbanismo (II)», en *RDU*, núm. 165, 1998, pp. 51 y ss.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Sombras y luces del proyecto del Tratado de Amsterdam», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 109 y ss.
- CONESA HERNÁNDEZ, Ángel: «La denominación social (estatal o comunitaria) de las agrupaciones europeas de interés económico. Comentario a la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997», en *La Ley*, 1998-1, D-59, pp. 2028 y ss.
- FUENTES CAMACHO, Víctor: «Adaptación del derecho interno español a las Directivas Comunitarias sobre seguros directos: omisiones, deficiencias y mecanismos de corrección», en *La Ley*, 1998-1, D-58, pp. 2025 y ss.



- GÁMIR MEADE, Roberto: «Un enfoque práctico desde la óptica de técnica normativa de las operaciones de transposición de directivas comunitarias», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 199 y ss.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «El menor ante el Derecho Comunitario», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 1998, pp. 923 y ss.
- GONZÁLEZ VEGA, Javier A.: «Buscando en la Caja de Pandora: el Derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de febrero de 1998», en *La Ley*, 1998-2, D-108, pp. 1994 y ss.
- GOSALBO BONO, Ricardo: «Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones», en *RDCE*, núm. 1, 1997, pp. 29 y ss.
- JULIÀ BARCELÓ, Rosa, y VINJE, Thomas: «Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 695 y ss.  
Comentario a la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 8 de octubre de 1997, titulada «Asegurando un marco legal sobre firmas digitales y criptografía. Hacia un marco Europeo sobre firmas digitales y criptografía», que trata de subvenir a la necesidad de confidencialidad y seguridad en varios tipos de comunicaciones electrónicas, entre los que cabe citar: contratos electrónicos, historiales clínicos, declaraciones de impuestos, etc.
- JUSTE MENCIA, Javier: «Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho comunitario europeo (Algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-339, pp. 1615 y ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «A propósito del derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1998, pp. 529 y ss.
- PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup> Victoria: «La liberalización del transporte aéreo en la comunidad europea: los Sistemas Informatizados de Reserva», en *La Ley*, 1998-1, D-51, pp. 1983 y ss.
- PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús María: «La directiva 95/46/CE como criterio unificador», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 165 y ss.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, y VALLE GÁLVEZ, Alejandro: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *RDCE*, núm. 2, 1997, pp. 329 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La armonización de los derechos de autor. Propuesta de Directiva sobre la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y conexos en la sociedad de la información. Su posible repercusión en la legislación española sobre derechos de autor», en *La Ley*, 1998-1, D-78, pp. 2124 y ss.

VALLE GÁLVEZ, Alejandro: «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», en *RDCE*, núm. 3, 1998, pp. 41 y ss.

VINJE, Thomas, y JULIÀ BARCELÓ, Rosa: «Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía», en *RDM*, núm. 228, 1998, pp. 695 y ss.

Comentario a la Comunicación de la Comisión Europea, de fecha 8 de octubre de 1997, titulada «Asegurando un marco legal sobre firmas digitales y criptografía», que trata de subvenir a la necesidad de confidencialidad y seguridad en varios tipos de comunicaciones electrónicas, entre los que cabe citar: contratos electrónicos, historiales clínicos, declaraciones de impuestos, etc.

## DERECHO PROCESAL

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Situaciones transitorias y litispendencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Localización sistemática del artículo 21 del Convenio (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de octubre de 1997)», en *La Ley*, 1997-6, D-343, pp. 1640 y ss.

ÁLVAREZ-BUYLLA Y BALLESTEROS, Manuel M.<sup>a</sup>: «La co-representación en el derecho español», en *La Ley*, 1998-2, D-116, pp. 2032 y ss.

ARENAS GARCÍA, Rafael, y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «Nota a la Propuesta de la Comisión Europea para una reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano», en *La Ley*, 1998-2, D-94, pp. 1910 y ss.

ARIAS LOZANO, David: «La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 281 y ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «Inejecutabilidad del laudo no firme. La existencia de un contrato de sumisión de la cuestión a arbitraje fundamenta la excepción de falta de jurisdicción en el proceso judicial iniciado antes de dar principio al proceso arbitral y durante la substanciación de éste; cuando el proceso arbitral ha terminado no debe alegarse esta excepción, sino la de cosa juzgada», en *CCJC*, núm. 46, 1998, pp. 123 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1997.

— «Acumulación subjetiva de acciones. Flexibilidad en la aplicación de los requisitos establecidos en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 541 y ss.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997.

BONET NAVARRO, José, e IVARS RUIZ, Joaquín: «Algunas consideraciones en relación al juez de paz», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 131 y ss.

CABRERA DELGADO, Carmen: «El ámbito civil del amparo judicial», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 1998, pp. 955 y ss.

- CALVO SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: «De nuevo sobre la recusación: análisis de las modificaciones introducidas en esta materia en el anteproyecto de la L. E. C. de 26 de diciembre de 1997», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 10563 y ss.
- CARBALLO, Laura: «Limitaciones a la inmunidad de ejecución del estado extranjero», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 387 y ss.
- CORREA DELCASSO, Juan Pablo: «El proceso monitorio en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-2, D-91, pp. 1901 y ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «La ausencia de requerimiento de pago a un tercer adquirente extrarregistral en el ámbito del procedimiento judicial sumario y sus posibles consecuencias. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 (R. A. núm. 288)», en *RDP*, noviembre 1998, pp. 828 y ss.
- ECHEZARRETA FERRER, M. Teresa: «Imprevisión del demandado respecto al control de oficio de la competencia judicial internacional», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12891 y ss.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: «Las medidas cautelares “internacionales”», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 387 y ss.
- FONTÁN SILVA, Eduardo José: «El exequátur de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos», en *Actualidad Civil*, núm. 46, 1998, pp. 1121 y ss.
- GARBERI LLOBREGAT, José: «La “segunda instancia” en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1997-6, D-312, pp. 1444 y ss.
- GARCÍA PONS, Enrique: «Aporía del principio “pro actione” en el ámbito temporal del proceso debido: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1997», en *La Ley*, 1997-6, D-353, pp. 1698 y ss.
- GIMENO SENDRA, Vicente: «El recurso extraordinario por infracción procesal», en *RGD*, julio 1998, pp. 8887 y ss.
- «El recurso de “amparo judicial” y el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1997-6, D-310, pp. 1439 y ss.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (L. O. 5/1996, de 30 de diciembre)», en *RJN*, núm. 23, 1997, pp. 219 y ss.
- IGLESIAS GARCÍA, Miriam: «Algunas reflexiones sobre la comunicación de actos judiciales a los particulares en el borrador del Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1997-6, D-354, pp. 1703 y ss.
- ILLESCAS RUS, Ángel Vicente: «Notas sobre los “procesos monitorio y cambiario” en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-2, D-113, pp. 2018 y ss.
- IVARS RUIZ, Joaquín, y BONET NAVARRO, José: «Algunas consideraciones en relación al juez de paz», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 131 y ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, y ARENAS GARCÍA, Rafael: «Nota a la Propuesta de la Comisión Europea para una reforma de los Convenios de Bruselas y Lugano», en *La Ley*, 1998-2, D-94, pp. 1910 y ss.

- LIS ESTÉVEZ, Rafael: «Medidas preventivas en los juicios de testamentaría. Declaración de herederos. Administración del abintestado y de la testamentaría», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 139 y ss.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, Jesús: «Juicio de testamentaría», en *CDJ*, núm. XIX, 1997, pp. 9 y ss.
- MORENILLA ALLARD, Pablo: «El “incidente de nulidad de actuaciones” según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas», en *La Ley*, 1998-1, D-74, pp. 2096 y ss.
- MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, Jesús: «Medidas cautelares en materia de propiedad industrial», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 61 y ss.
- OLANO, José María: «Los Derechos civiles forales y los órganos judiciales: la jurisprudencia foral», en *RGDF*, octubre-noviembre 1998, pp. 12325 y ss.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: «Medidas cautelares en la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 269 y ss.
- OROMI VALL-LLOVERA, Susana: «La adhesión a la apelación en el proceso civil: estudio jurisprudencial», en *RGD*, diciembre 1998, pp. 14079 y ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «La tutela cautelar en los procesos civiles con elementos extranjeros», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 505 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La reforma de las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial por la ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», en *RGD*, octubre-noviembre 1998, pp. 12747 y ss.
- PICÓ Y JUNOY, Joan: «Reflexiones en torno a la reforma del proceso civil», en *RJC*, núm. 4, 1998, pp. 757 y ss.
- POCH SERRATS, Juan: «Las medidas cautelares en la Ley de arbitraje», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 231 y ss.
- REBOLLO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro», en *La Ley*, 1997-6, D-321, pp. 1482 y ss.
- RECIO GARCÍA, M.<sup>a</sup> del Carmen: «Algunas cuestiones que plantean los procesos relacionados con la circulación de vehículos de motor», en *Actualidad Civil*, núm. 25, 1998, pp. 599 y ss.
- REMÓN PEÑALVER, Jesús: «La reforma procesal civil: el sistema de recursos en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 1998-2, D-95, pp. 1917 y ss.
- RICHARD GONZÁLEZ, Manuel: «Algunas consideraciones sobre la fundamentación del recurso de apelación en el proceso civil a propósito del Anteproyecto de la LEC», en *RGD*, septiembre 1998, pp. 10643 y ss.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, y VALLE GÁLVEZ, Alejandro: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades

- Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales Constitucionales nacionales», en *RDCE*, núm. 2, 1997, pp. 329 y ss.
- RODRÍGUEZ SAN VICENTE, Miguel María: «Medidas cautelares en competencia desleal», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 321 y ss.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: «Jurisdicción y ejecución extrajudicial», en *RCDI*, núm. 648, 1998, pp. 1663 y ss.
- SANTOLARIA FERNÁNDEZ, Jesús: «Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 465 y ss.
- SELLARÉS SERRA, Jordi: «Reflexiones críticas sobre la inmunidad diplomática de jurisdicción civil a consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995», en *RJC*, núm. 3, 1998, pp. 425 y ss.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario: «El papel de la cuestión incidental de constitucionalidad en la relación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria», en *RPJ*, núm. 49, 1998, pp. 163 y ss.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: «Las medidas cautelares de la Ley de Protección al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 13 y ss.
- VALLE GÁLVEZ, Alejandro, y RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales Constitucionales nacionales», en *RDCE*, núm. 2, 1997, pp. 329 y ss.
- VALLS GOMBAU, José Francisco: «Medidas cautelares en la Ley de protección intelectual», en *CDJ*, núm. XVII, 1997, pp. 173 y ss.
- VENDRELL FERRER, Eudald: «Libertad de expresión del abogado y derecho de defensa», en *RJC*, núm. 2, 1998, pp. 429 y ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «Problemas que plantea la excepción de arbitraje en el juicio de menor cuantía, según la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. La solución del borrador de la nueva Ley», en *La Ley*, 1998-1, D-7, pp. 1724 y siguientes.

## ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DPC	Derecho Privado y Constitución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial

RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial

## REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil  
La Ley



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

### Reconocimiento de nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún por consolidación. Comentario a la STS (Sala Primera) de 28 de octubre de 1998 (Ponente Sr. Almagro Nosete)

**MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO**

Profesora titular de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

**Preceptos aplicados:** Artículos 9, 21 y 22 LOPJ; artículos 17.1.d), 18, 22.5 y 1214 CC; artículos 14, 53.2 y 161.1.b) CE; artículo 1.2 Ley 62/1978, de 26 de diciembre (protección jurisdiccional de los derechos fundamentales); artículo 41 y disposición transitoria 2.ª LOTC; artículos 2 y 4 Ley 8/1961, de 19 de abril (organización del régimen jurídico del Sáhara); Decreto 2930/1966, de 23 de noviembre (sometimiento a referéndum del proyecto de Ley Orgánica del Estado); artículo 1 Orden ministerial de la Presidencia de 29 de noviembre de 1966 (instrucciones para ejercer en el Sáhara el derecho al voto en el referéndum del proyecto de Ley Orgánica del Estado); Ley 40/1975, de 19 de noviembre (descolonización del Sáhara); artículo 1 Decreto 2258/1976, de 10 de agosto (opción por la nacionalidad española de los naturales del Sáhara); LRC, RRC; artículos 51, 53, 54, 63, 74, 484.2, 523, 896 y 1692.1 LEC.

**Doctrina legal:** «... debe destacarse la naturaleza civil de la cuestión suscitada, dado que en materia de nacionalidad, vinculada al estatuto personal, tanto por tradición, como por ubicación de las normas reguladoras (CC), ha sido por regla general la jurisdicción civil y, no otra, la competente para conocer de los asuntos contenciosos relacionados, no obstante la lógica intervención administrativa en la organización y documentación de los registros sobre el estado civil de las personas y las potestades conferidas a la Administración, en cuanto a la nacionalidad no originaria, sino la adquirida por carta de naturaleza o por concesión basada en la residencia continuada, supuestos que justifican las excepciones a la regla que expresamente establece el artículo 22.5 CC (...). Tratándose de un problema de nacionalidad de origen, no es dudoso que los temas litigiosos que suscita deban ser decididos por el orden jurisdiccional civil (...).



*El CC establece en el artículo 18 el concepto de consolidación de la nacionalidad, por posesión y utilización continuada de ésta, de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos (Ley 18/1990, de 17 de diciembre). Responde tal precepto a consideraciones que enlazan con la "posesión de estado" que pertenece a la parte general del Derecho civil, especialmente en relación con el derecho de las personas. Exige tal precepto un "título inscrito en el Registro Civil", no obstante su posterior anulación (...).*

*Al efecto, para demostrar la posesión y utilización de la nacionalidad española deben tenerse en cuenta como medios de prueba aquellos "signos de posesión de estado" que acreditan indirectamente los datos de hecho que constan en "documentos administrativos" propios de los españoles u otros que, también, de manera indiciaria corroboran aquella "utilización continuada de la nacionalidad española".»*

**Fuente:** *La Ley*, 6 de noviembre de 1998. Año XIX, núm. 4666.

**Nota.—1.** El proceso que dio origen a esta sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene su causa en una resolución de la DGRN en la que el Centro Directivo concluye que el actor, don Badadi Mohamed M. H., no tiene derecho a la nacionalidad española a pesar de que, durante años, su trayectoria personal y profesional parece demostrar su general consideración como nacional español. Tres son los temas básicos que subyacen en la sentencia: la protección jurisdiccional del derecho a la igualdad en su modalidad de igualdad en la aplicación de la ley, el orden jurisdiccional competente en los temas de nacionalidad y la apreciación o no en el caso de la consolidación de la nacionalidad española, figura introducida en el artículo 18 del CC por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, y que por vez primera es objeto de aplicación por el Tribunal Supremo.

A pesar de su notable interés constitucional, la limitada extensión de esta nota aconseja omitir el comentario sobre la protección jurisdiccional, incluido el recurso de amparo, del derecho a la igualdad, para centrar nuestra atención en los problemas estrictamente relativos a la nacionalidad suscitados por la decisión. No en vano estamos ante una de las escasas sentencias vertidas por el Tribunal Supremo sobre un sector de nuestro Derecho que a pesar de su dimensión práctica, de su relativamente abundante utilización y de la importancia de los intereses en juego, raramente da pie a la actuación de los Tribunales, cerrándose la mayor parte de los procedimientos relativos a la atribución, adquisición o pérdida de la nacionalidad en sede puramente administrativa. Por ser la cuestión central, el comentario versará, básicamente, sobre el tema de la consolidación, aunque no está de más hacer algunas precisiones en torno al problema de la jurisdicción, causa de la denegación del *petitum* del actor en las dos instancias inferiores.

2. Conviene resaltar que no se trata en este caso de un procedimiento de impugnación de una Resolución de la DGRN, sino que estamos ante un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, diseñado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, operado en la vía residual civil (Sección Tercera de la citada Ley), en el que es recurrido el Estado español, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y donde se cuestiona como problema de base la violación o no por parte de la resolución antecedente de un derecho fundamental: el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución española en su modalidad de igualdad en la aplicación de la ley y, más en concreto, en la

aplicación del vigente artículo 18 del Código Civil que recoge la llamada consolidación de la nacionalidad española.

No se plantea la presente decisión ni, a pesar del interés del tema, parece que lo hubieran hecho las de instancia y apelación si, en efecto, se trata de una cuestión que cae en el ámbito objetivo de la Ley 62/1978, por ser «un problema directamente relacionado con la tutela de los derechos fundamentales», o más bien era un tema de legalidad ordinaria que no debiera haber seguido la vía o procedimiento especial. En cambio, sí fue asunto debatido el que atañe a la competencia o incompetencia de la jurisdicción civil para conocer, en la vía de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, del asunto. Con ello se reproduce en el procedimiento especial una cuestión muy controvertida en nuestra doctrina y en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en los procedimientos ordinarios: el orden jurisdiccional competente en los asuntos relativos a la nacionalidad.

Haciendo suyos los argumentos del sector doctrinal favorable a la competencia de la jurisdicción civil, la Sala Primera del Tribunal Supremo, a diferencia de lo que habían hecho los tribunales civiles de instancia y apelación, justifica su propia competencia basándose en razones de tradición, de ubicación de las normas reguladoras (el Código Civil), y en una interpretación literal del artículo 22.5 del CC (introducido en la Ley 18/1990), donde se atribuye a la vía judicial contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones relativas a la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, entendiéndola como una excepción a la regla general que sería la competencia, en todos los demás casos relativos a la nacionalidad y, más en concreto, en todos los relativos a la nacionalidad de origen, del orden jurisdiccional civil. A estas razones podría añadirse, además, que de haberse tratado de un procedimiento de impugnación de la resolución de la DGRN, la vía hubiera sido la judicial ordinaria (es decir, la civil), conforme a lo establecido en los artículos 29.1 de la LRC y 362 del RRC (cf. también el preámbulo de este último), y ello a pesar del carácter de órgano administrativo dependiente, integrado en el Ministerio de Justicia que, según el Real Decreto 1882/1996, de 2 de agosto (BOE de 8 de agosto), posee la DGRN.

Frente a la tesis anterior, en favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo cabría señalar que la nacionalidad es primordialmente una relación de Derecho público [cf. STS (Sala Cuarta) de 7 de junio de 1986, RJA, 1986, núm. 6606; más recientemente, STS (Sala Tercera) de 2 de junio de 1998, RJA, 1998, núm. 5132], que en la concreta situación que nos ocupa, la resolución de la DGRN era, a fin de cuentas, un acto o decisión administrativa y que, sobremanera, cabe también interpretar que la contencioso-administrativa es una de las jurisdicciones ordinarias a las que hacen alusión la LRC y el RRC [cf. en tal sentido la STS (Sala Tercera) de 26 de enero de 1993, RJA, 1993, núm. 47] por lo que, de ser pertinente, el procedimiento especial de protección jurisdiccional sería el ubicado en la Sección Segunda de la Ley 62/1978 [hoy derogada por la disposición derogatoria segunda c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en cuyos artículos 114 a 122 se halla ahora la normativa que sustituye a los preceptos derogados] argumentos que, sin embargo, no consideró el Tribunal Supremo.

3. Para determinar la condición nacional del actor, don Badadi Mohamed M. H., la presente decisión hace unas interesantes consideraciones que desde la perspectiva actual pueden parecer de índole histórico-jurídica, pero que no hace mucho tiempo ocupaban a todos los especialistas en temas de nacionalidad: son

las relativas a la determinación de si las viejas colonias eran o no consideradas como territorio nacional a los efectos de la nacionalidad. En el caso del Sáhara, la sentencia comentada pone de manifiesto la existencia de un período conocido como «provincialización», que nace con el Decreto de 10 de enero de 1958 y del que resulta paradigma la Ley de 19 de abril de 1961 sobre organización de régimen jurídico del Sáhara (Boletín-Gaceta de 21 de abril). En esta época, las provincias africanas eran consideradas a todos los efectos como territorio nacional, criterio asumido por nuestros tribunales en la STS (Sala Primera) de 22 de febrero de 1977 (citada en la presente) y en la anterior de la Audiencia Territorial de Valencia de 15 de enero de 1964 (nota de J. D. González Campos, *REDI*, 1966-I, pp. 77-79). Sin embargo, no debe extrañar que dada la confusa situación legal y de hecho en la última fase del período colonial (expuesta de forma exhaustiva por A. Remiro Brotons, *Territorio nacional y Constitución*, Madrid, 1978, pp. 59 y ss.), parte de la doctrina, tomando como base sendos dictámenes evacuados por el Consejo de Estado relativos a Guinea e Ifni, pusiera de relieve que los territorios coloniales contaron con un estatuto político y jurídico singular del que se derivaba la diferenciación entre nacionales españoles y naturales de las provincias africanas o indígenas (M. Herrero de Miñón, «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado», *Estudios de Derecho administrativo. Libro Jubilar del Consejo de Estado*, Madrid, 1972, pp. 355-427, espec. pp. 400 y ss.; cf. también la disp. final 2.ª RRC), tesis de la que también se hace eco la presente sentencia. Este criterio es explícitamente asumido por la Ley de 19 de noviembre de 1975 de descolonización del Sáhara (BOE de 20 de noviembre), cuya exposición de motivos dice textualmente que la colonia «nunca ha formado parte del territorio nacional». La lógica consecuencia sería entonces que los naturales del Sáhara no fueran considerados como nacionales españoles, lo que pareció confirmar el Decreto de 10 de agosto de 1976 sobre opción por la nacionalidad española de sus naturales (BOE de 28 de septiembre), cuyo articulado les permitía optar por la nacionalidad española en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la norma reglamentaria, exigiéndose presupuestos distintos en función de que los saharauis residiesen en territorio nacional español (en cuyo caso bastaba la documentación general española) o se encontraran fuera de él (debiendo entonces poseer el documento de identidad bilingüe expedido por las autoridades españolas, ser titulares del pasaporte español o estar incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero).

Fue precisamente la existencia de la disposición reglamentaria citada y la falta de ejercicio del derecho potestativo que confería a los saharauis por parte del actor, lo que sirvió de base a la DGRN para negar la nacionalidad española de don Badadi Mohamed M. H. Por el contrario, la sentencia del Supremo, después de cuestionarse, con buen criterio, la validez formal y material del Decreto de 1976 (por su nulidad se pronuncia, con variedad de argumentos, C. Ruíz Miguel, *El Sáhara occidental y España: historia, política y derecho. Análisis crítico de la política exterior española*, Madrid, 1995, pp. 203-204), acude a un argumento puramente formalista para afirmar que los saharauis residentes en el Sáhara en el período de aplicación del mencionado Decreto, como era el caso del actor, no se encontraban en ninguno de los dos supuestos previstos en la norma, pues el Sáhara descolonizado no era ni territorio español ni territorio extranjero. No obstante, la presente decisión se cuida de matizar que el actor no sólo disponía de la

documentación exigida en los casos previstos en el Decreto, sino de otros que inequívocamente acreditaban en su favor el ejercicio de actividades propias del nacional español.

A pesar de ello, es bastante claro que la ausencia de declaración del interesado en el sentido pedido por el Decreto de 1976, unida a las vicisitudes seguidas por el territorio del Sáhara y sus repercusiones en materia de nacionalidad de sus habitantes, introduce un factor de incertidumbre en la nacionalidad española del interesado que puede hacer oportuno el recurso al vigente artículo 18 del CC donde se recoge, a partir de la Ley 18/1990, la llamada «consolidación» de la nacionalidad española.

4. La «consolidación» de la nacionalidad es una figura novedosa en nuestro Derecho, aunque cuenta con antecedentes, más o menos próximos, en algunos Ordenamientos de nuestro entorno jurídico, singularmente el francés y el belga (cf. M. P. García Rubio, «Consolidación de la nacionalidad española», *ADC*, 1992, pp. 929-1009). Supone la aplicación, en el ámbito de la nacionalidad, de la teoría de la «posesión de estado», si bien los presupuestos exigidos por el citado artículo 18 diferencian notablemente la figura recogida en este precepto de la tradicional posesión de estado civil, como la relativa a la filiación (J. Díez del Corral y Rivas, «Consecuencias de la posesión de la nacionalidad española. Reflexiones sobre el artículo 18 del Código civil», *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Madrid, 1994, pp. 245-266, espec. p. 250). La sentencia objeto de este comentario estima que en el caso planteado resulta de aplicación el artículo 18 del CC y que, en consecuencia, don Badadi Mohamed M. H. es español por haber consolidado su nacionalidad. Obsérvese, no obstante, que en ningún momento la decisión niega que el actor fuese español por un concepto distinto (más bien todo lo contrario), lo que tendrá interés a los efectos que después voy a señalar.

Para comprobar si, en efecto, es el presente un supuesto de consolidación de la nacionalidad española es preciso analizar si concurren o no sus presupuestos normativos; a partir de la dicción literal del artículo 18 («La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó») cabe entender que tales presupuestos son los siguientes: la posesión y utilización de la nacionalidad española, la buena fe, la prolongación de esa situación durante diez años y que la posesión esté basada en un título inscrito en el Registro Civil. La interpretación seguida por la mayoría de los autores y por la propia DGRN añade, además, un quinto presupuesto: que el título resulte anulado.

5. En relación con el requisito de la posesión y utilización, la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991, dictada para orientar la interpretación de la Ley 18/1990, en su epígrafe III dice textualmente: «La expresión “posesión y utilización” implica una actitud activa del interesado respecto de la nacionalidad española poseída. Ha de exigirse que se haya comportado como español ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad de español» añadiéndose, a propósito del artículo 24 relativo a la pérdida de la nacionalidad española, en el epígrafe VI de la misma Instrucción, que será un índice de la utilización de la nacionalidad española «tener documentación española en vigor, haber otorgado como español algún documento público, haber comparecido con este carácter en

el Consulado y otras conductas semejantes». En el supuesto que se comenta no parecen existir dudas sobre la concurrencia de actos y circunstancias como los citados en la Instrucción suficientemente acreditativos de la posesión y utilización de la nacionalidad española por el interesado y de su general consideración por él mismo, por la comunidad y por el propio Estado, como nacional español; la tenencia de pasaporte español en el que consta expresamente su nacionalidad española en vigor hasta 1978, utilizado en varias ocasiones para salir al extranjero, la posesión del Documento Nacional de Identidad e, incluso, su condición de funcionario o al menos de prestatario de servicios del propio Estado español, así lo atestiguan.

Tampoco existen sospechas razonables sobre la existencia de buena fe del interesado que, en el sentido requerido por el artículo 18 del CC, será la llamada buena fe subjetiva, lo que a estos efectos significa un estado psicológico del sujeto consistente en la creencia de que realmente es nacional español o, si se prefiere, en la ignorancia de que no lo es.

Que esa situación se prolongó al menos durante diez años no es tampoco dudoso, ya que cualquiera de los documentos mencionados tenía una antigüedad superior a esos años y la fecha de inicio del primero de los servicios prestados se remonta al año 1967; en este sentido, conviene matizar que el artículo 18 del CC no exige que el plazo de diez años transcurra íntegramente a partir de su entrada en vigor sino que, una vez producida ésta se constate la concurrencia de todos sus requisitos. Pudiera pensarse que, puesto que todos los documentos y datos fácticos suministrados como prueba de la posesión y utilización de la nacionalidad española son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 18/1990, no cabe la aplicación de un precepto que, como el reiterado artículo 18, no se declara expresamente retroactivo y, por consiguiente, sólo opera de cara al futuro (aun cuando tome en consideración el tiempo de posesión de estado transcurrido con anterioridad). Sin embargo, lo que debe tenerse en cuenta a efectos de valorar la persistencia de la posesión de estado no es que la fecha del último documento, o dato aportado, sea posterior a la entrada en vigor de la Ley de 1990, sino que —manteniéndose el resto de los presupuestos— el acto de contestación de la nacionalidad que se creía legítimamente poseída, se produzca bajo la vigencia del precepto reiteradamente citado; en este sentido, debe mencionarse que aún cuando nuestro Código Civil, a diferencia de lo que hace el artículo 171 del Código de la nacionalidad belga, no exija como presupuesto de aplicación de la figura la contestación de la nacionalidad del interesado, no cabe duda que sin tal contestación —o al menos sin la existencia de dudas razonables que podrían repercutir en la buena fe— carece de sentido la apelación a la figura de la consolidación. En el caso de autos, la contestación se produjo, según consta en la sentencia, el 29 de junio de 1993, fecha en la que se el actor solicitó un certificado de la inscripción de su nacimiento que fue respondido negativamente haciendo constar «que examinados los ficheros que obran en este Registro Civil no figura dato alguno de la inscripción que se menciona», negativa que posteriormente reitera la propia DGRN.

Otro presupuesto exigido ineludiblemente por la norma es la existencia de un «título inscrito en el Registro civil». En esta ocasión, la consideración de la sentencia del Tribunal Supremo es que «tal título es la condición de 'español indígena' nacido en territorio, a la sazón, considerado español, conforme resulta del artículo 17.1.d) CC, de acuerdo con una interpretación que está en la raíz del

precepto, favorecer del *ius soli*, para concluir con los sistemas de apatridia»; al respecto cabe decir que, efectivamente, el título que originó la nacionalidad española (¿únicamente putativa?) de don Badadi Mohamed M. H. fue el nacimiento en España, pero no por aplicación, como equivocadamente hace el Tribunal Supremo, del artículo 17.1. d) CC vigente, sino por el precepto en vigor en la fecha de dicho nacimiento (19 de marzo de 1950) que a la sazón era el artículo 17.1 del CC en su redacción originaria, conforme al cual: «Son españoles: ... las personas nacidas en territorio español», si bien el precepto quedaba fuertemente amortiguado por los artículos 18 y 19.1 (cf. F. de Castro, *Derecho civil de España*, reed. facsímil, Madrid, 1984, pp. 404-405). En este supuesto, el título exigido por el artículo 18 sería pues el nacimiento en España. Con ello el Tribunal Supremo se aparta claramente de toda una serie de resoluciones de la DGRN que, tomando en cuenta las vicisitudes políticas y jurídicas de las épocas colonial y descolonizadora ya apuntadas, rechazan que los naturales de esos territorios hubieran sido en algún momento españoles en sentido propio (cf., además de las citadas, la opinión de M. Peña y Bernaldo de Quirós, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 30, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, pp. 35 y 39-40).

Por otra parte, resulta curioso constatar cómo la decisión comentada da por probado, un tanto alegrementemente, el requisito de la inscripción del título en el Registro Civil; no tengo dudas, como tampoco las tiene el Supremo, de que la inscripción requerida por el artículo 18 no ha de ser necesariamente una inscripción específica destinada a probar la nacionalidad —lo que limitaría tanto su aplicación que lo haría prácticamente inútil— sino que basta con que de la inscripción registral se deduzca razonablemente que éste era español; en el caso debatido en el pleito la inscripción sería la de nacimiento del interesado. Pues bien, al respecto la decisión comentada expresamente dice que en el período probatorio no se logró aportar certificación positiva relativa al nacimiento, aun cuando deduce «que la existencia de referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable, ponderando todas las circunstancias concretas», derivando de las vicisitudes del caso y de la ausencia de contraprueba por parte del Estado español que el hecho de la inscripción ha de tenerse por probado. Aun cuando la equidad me lleva a estar de acuerdo con el Tribunal, entiendo que éste es el escollo más relevante para estimar que don Badadi Mohamed M. H. ha consolidado efectivamente su condición de nacional español y el punto más débil de los razonados en la sentencia.

6. Las características de esta nota me impiden profundizar en la cuestión que, en trabajos anteriores tuve ocasión de abordar, relativa a la naturaleza del título aludido por el precepto y, en concreto, a si es presupuesto del mismo que aquél resulte nulo o anulado (como opina la DGRN y la mayor parte de nuestra doctrina, entre otros, J. Díez del Corral, *loc. cit.*, pp. 256 y ss.; M. Peña y Bernaldo de Quirós, *loc. cit.*, pp. 214 y ss.), o si, como era y continúa siendo mi opinión, el presupuesto de la anulación del título no está, en ningún momento, entre las exigencias de la norma. El Tribunal Supremo parece seguir la primera de las posturas citadas: el título que daría lugar a la condición de español es el nacimiento en España, título que después es considerado nulo porque el territorio saharauí, calificado en principio como español, fue luego tratado como no español; a mi juicio una conclusión de tal calibre resulta muy comprometedor y un tanto precipitada. Diríase que, con ella, se asume que la ya aludida Ley de 19 de noviembre de 1975, al declarar —¡en su Exposición de Motivos!— que el Sáha-

ra nunca ha formado parte del territorio español, estaba privando de su nacionalidad española a los saharauis que, conforme a la legislación vigente hasta ese momento, eran nacionales españoles [la mayoría de ellos originariamente españoles, con lo que la derogación de la Ley aludida por la Constitución española (cf. art. 11.2) no es inferencia descabellada]. Entiendo que esa vía de razonamiento no es correcta y que el resultado al que llega la sentencia comentada al estimar consolidada la nacionalidad española del interesado, siendo acertado, se debiera alcanzar con otros argumentos. Para ello debo recordar, como ya he insinuado más arriba y en otra ocasión indiqué con más amplia argumentación, que en mi opinión, además de la función sanatoria o reparadora del título viciado que actuó como causa original del *status* de nacional español, la figura recogida en el artículo 18 del CC puede cumplir otros dos papeles: por un lado, el de ser un título de atribución o constitución *ex novo* del estado civil de nacional español en aquellos casos en los que una persona que figure de cualquier modo en un Registro Civil español es considerada por sí misma y por su entorno como española durante el plazo mínimo de diez años y, por otro, un papel pacificador al convertir en definitiva e inatacable la nacionalidad española de la que, en determinado momento, se duda o que por dificultades probatorias no se puede demostrar («Consolidación de la nacionalidad española...», *loc. cit.*, pp., 954-958 y p. 1008). Entiendo que el de don Badadi Mohamed M. H. es, por las dificultades probatorias de su original nacionalidad española y, más aún, por la oscura naturaleza de la vinculación con España de los nacidos en los territorios coloniales, un caso paradigmático en el que la consolidación actúa de título «confirmatorio» de la nacionalidad, haciéndola inatacable en el futuro. Por ello, siendo la consolidación un efecto directo de la ley que se produce por el mero cumplimiento de sus presupuestos de hecho (como se considera probado) la autoridad judicial que en el curso del proceso encontró fundadas dudas (cf. el Fundamento de Derecho undécimo de la sentencia) sobre la existencia del título de atribución de la nacionalidad de este sujeto (el nacimiento en territorio español en condiciones bastantes para adquirir la nacionalidad), las dio correctamente por despejadas una vez comprobada la concurrencia de las exigencias necesarias para su consolidación.

7. Por último, no es ocioso mencionar que la sentencia comentada, al reconocer la nacionalidad española de don Badadi Mohamed M.H., ordena la práctica de nueva inscripción de nacimiento del interesado en el Registro Central y, literalmente, «se tenga por eficaz registralmente la presente sentencia que declara la nacionalidad española del actor»; bien puede entenderse, por tanto, que, por la vía que suministran los artículos 23 y 25 LRC y 82 RRC, la sentencia recaída en el pleito es título material suficiente para tomar razón de la consolidación de la nacionalidad española que, en esta ocasión, será objeto de una verdadera inscripción (marginal a la de nacimiento) en el Registro Civil.

# Dos cuestiones prácticas de la retroacción: procedimiento y retroacción frente a la legislación especial del Mercado Hipotecario (a propósito de la STS de 23 de enero de 1997 y su acogimiento en la «Jurisprudencia Menor»)

**DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA**

Abogado ICA de Oviedo  
Doctor en Derecho

**MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA**

Profesora titular E. U. Derecho Mercantil  
Universidad de Oviedo  
Doctora en Derecho

## I. SÍNTESIS DEL DEBATE

De nuevo el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con algunos de los problemas prácticos más debatidos planteados por la retroacción de la quiebra. Problemas algunos de ellos clásicos y más que veteranos en nuestra doctrina y jurisprudencia, y otros más recientes, generados por la LMH de 25 de marzo de 1981.

Es claro que, hasta en sus últimas boqueadas, la retroacción sigue generando problemas prácticos de indudable trascendencia económica<sup>1</sup>, derivados de la

---

<sup>1</sup> Vid la supresión de la retroacción en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995, redactada por el profesor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (*BIMJ*, Suplemento al núm. 1.768, 15 de febrero de 1996) y los trabajos doctrinales aparecidos en relación al mismo, ya referidos en nuestro trabajo, «La especial protección de las hipotecas subsumidas en la LMH frente a la quiebra del hipotecante (Comentario a la STS, 1.ª, de 12 de diciembre de 1995)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIX, fascículo I, enero-marzo 1996, p. 412. Consigue, pues, Ángel Rojo, plasmar su clásica propuesta de radical supresión de la retroacción absoluta, que si bien se había visto ya suprimida en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (arts. 181 a 184), había ido allí acompañada por la articulación de un sistema de acciones de reintegración de la masa (arts. 185 a 196) dentro del período de retroacción, no absoluta, bianual allí contemplado –al respecto de dicho Anteproyecto de 1983, vid ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983», en *Estu-*



indudable oscuridad del artículo 878.2 CCom.<sup>2</sup> y de la longitud de los períodos de retroacción que, en ocasiones, se fijan por la Justicia española (todavía recién-

---

*dios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 110-111-. *Vid* también, sobre la referida Propuesta legislativa, PULGAR EZQUERRA, J., «La propuesta de reforma del Derecho Concursal Español de 12 de diciembre de 1995», *DS*, núm. 6, 1996, p. 469.

Concretamente, el duodécimo criterio básico para la elaboración de una Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, comunicado por el entonces Ministro de Justicia e Interior al Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el día 23 de junio de 1994, fue: «Supresión de la retroacción absoluta del concurso de acreedores, la cual será sustituida por acciones revocatorias especiales ...», lo que pone de manifiesto la existencia de una generalizada conciencia de que nuestra clásica retroacción no es revocación, no es rescisión, pese a aislados intentos en nuestra doctrina mercantilista de corregir el excesivo rigor de la retroacción legal por tal vía interpretativa.

Sobre la propuesta de la regulación de la reintegración de la masa activa, *vid* artículos 90 a 99 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, integrantes del capítulo III («De la reintegración de la masa activa»), del título IV («De la masa activa»).

La intención del Gobierno actual, por boca de su Ministra de Justicia, fue que para finales de 1997 estuviese preparada por dicho Ministerio la nueva Ley Concursal (*vid* respuesta de la Ministra de Justicia a una pregunta de Coalición Canaria, *La Ley. Diario de Noticias*, núm. 14, 8 de mayo de 1997, p. 1), algo que el tiempo, hoy ya a finales de 1998, nos ha demostrado que no ha sido posible.

En el reciente Derecho Comparado, puede apreciarse el mantenimiento del concepto «retroacción» en el artículo 116 de la Ley 24522 de la República Argentina sobre Concursos y Quiebras, sancionada el 20 de julio de 1995 y promulgada parcialmente por Decreto 267/1995, de 7 de agosto (*vid* *DN*, núm. 73, pp. 71 y ss.), que, llevando por título *Fecha de cesación de pagos: retroacción*, dice: «La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos en esta sección, más allá de los dos años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo». Ahora bien, no se trata de una retroacción como la nuestra, puesto que incluso al período comprendido entre la fecha de retroacción y la sentencia de quiebra se le denomina «período de sospecha» (art. 116), aparte de que los efectos de la retroacción de la fecha de cesación de pagos no son los de la nulidad de los actos realizados con posterioridad a tal fecha (*vid* los efectos de dicha retroacción en los artículos 118 y 119, concretados en la ineficacia de ciertos actos y de todos aquellos en los que se haya perjudicado a los acreedores, siempre que el contratado con el quebrado tuviese conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor). Por contra, *vid* su supresión en la reforma portuguesa, por Ley de 23 de abril de 1993, GOZALO LÓPEZ, V., «La nueva Ley concursal portuguesa», *RDM*, núm. 208, abril-junio 1993, pp. 624-625, donde se previene un sistema de rescisión extrajudicial en beneficio de la masa, completado por la admisión del ejercicio de la tradicional acción pauliana, facilitándose la prueba de la mala fe.

En nuestra doctrina, *vid* la severa crítica a la proyectada supresión de la retroacción que hace ORIA FERNÁNDEZ DE MUNIAIN, R., «La quiebra internacional», *RGD*, núm. 627, diciembre 1996, pp. 13264-13265, donde defiende que «el instituto de la retroacción, esto es, la declaración de la nulidad radical de los actos del insolvente desde que cesó en los pagos, debería mantenerse y, si acaso, invertir la carga de la prueba: debe ser el quebrado quien tenga que combatir tal nulidad», al tiempo que cita el mantenimiento de la retroacción en los artículos 445 del Código de Comercio Belga de 1851, 107 de la Ley francesa sobre prevención y convenio amistoso sobre dificultades en la empresa de 1984, y en el artículo 152 del Decreto Ley portugués de 1993 sobre procesos especiales de recuperación de empresas y la quiebra, donde incluso se suprimen los privilegios crediticios del Estado y de las instituciones de la Seguridad Social —en contra, *cfr.* la referencia que acabamos de realizar a la reforma portuguesa de 1993—; del mismo autor y en el mismo sentido, *vid* «Reflexiones sobre la quiebra y en especial sobre los créditos privilegiados», *La Ley*, núm. 4.283, 8 de mayo de 1997, p. 2.

<sup>2</sup> Al respecto dice, por ejemplo, la reciente Sentencia de la Sala I.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo; A. 1998/6271): «Caso absolutamente oscuro es el precepto del artículo 878, que tradicionalmente se interpretó como de nulidad absoluta, pero que no puede seguirse sosteniendo, como abonan las sentencias citadas por el recurrente».

temente veríamos en la prensa el anuncio de un auto de declaración de quiebra en la que se fijaba un periodo de retroacción que abarcaba la friolera de casi once años, entre el 1 de noviembre de 1988 y el 3 de marzo de 1999). En todo caso, conviene advertir que estas últimas boqueadas pueden ser largas por tres factores: la propia duración que pueden tener los trabajos que conduzcan a la reforma de nuestra legislación concursal; la extensión en el tiempo de los procedimientos concursales ya en marcha; y el plazo de *vacatio legis* que puede prever la nueva normativa<sup>3</sup>.

Concretamente, se plantean en esta *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997*<sup>4</sup>, diversas cuestiones de evidente interés práctico en relación con la incidencia de la retroacción sobre las hipotecas constituidas por la quebrada en dicho período.

Los hechos que dan origen al litigio se enuncian en el fundamento de Derecho primero y sucintamente expuestos son los siguientes. El deudor hipotecario, un comerciante individual, es declarado en quiebra necesaria por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Córdoba, dado que, a la vez, se había instado la quiebra por un acreedor y se había solicitado por el propio deudor tal declaración concursal. El Auto de declaración judicial de quiebra fijó como fecha de retroacción el 17 de julio de 1990. Con posterioridad a dicha fecha, el día 16 de enero de 1991, el deudor quebrado había constituido una hipoteca a favor de una entidad financiera<sup>5</sup>, entidad financiera que al tiempo de la declaración de quiebra seguía la ejecución de dicha hipoteca por el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Córdoba. Intentada repetidamente por el acreedor instante de la quiebra la suspensión del procedimiento judicial sumario anteriormente referido, no consiguió tal paralización, pese a que el Juzgado que conocía de la quiebra remitió diversos exhortos al Juzgado que conocía del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

---

<sup>3</sup>.. Baste ver que la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, prevé, en su disposición final primera, su entrada en vigor para el 1 de enero de 1998, fecha ya sobradamente transcurrida. En el Derecho Comparado se tiende a plazos amplios de *vacatio legis*, como es el caso de la *Insolvenzordnung* alemana de 5 de octubre de 1994, cuya entrada en vigor se previno para el día 1 de enero de 1999, influida en ese caso por las dificultades de adaptación de los Jueces de la antigua Alemania del Este. Como advierte Schmidt, K., «El derecho de insolvencia alemán entre la crítica y la reforma», DS, núm. 6, 1996, p. 492, «... habrán de tardar aún diez años en finalizar los últimos procesos seguidos según el anterior derecho de insolvencia».

De otro lado, nos encontramos con que cuatro años después de la redacción de la Propuesta referida, el Gobierno sigue anunciando como uno de sus objetivos legislativos la aprobación de la Ley Concursal (*Vid. Diario ABC*, 25 de enero de 1999 p.37), indicando el Secretario de Estado de Justicia, José Luis González Montes, que el Gobierno tiene previsto remitir a las Cortes el Proyecto de Ley Concursal en el curso de esta legislatura (*Vid. sus declaraciones en La Ley Diario de Noticias*, núm. 31, 8 de enero de 1999, p. 6)

<sup>4</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; A. 1997/152.

<sup>5</sup> Vemos como se trata de un acto del quebrado en ejercicio de su facultad de disposición y administración de su patrimonio. No se incluyen, pues, en los efectos de la retroacción los actos de disposición del quebrado que no deriven de su voluntad sino de una imposición judicial. *Vid. la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1998* (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete; A. 1998/6801 a propósito del otorgamiento forzoso, no voluntario, de escritura pública de transmisión de un inmueble en ejecución de una sentencia de remate porque «...el artículo 878 C. Com. no autoriza a la sindicatura a impugnar unos actos que aunque realizados en parte por el quebrado y en época a la cual alcanzaban los efectos de la retroacción -venta del inmueble- no derivan de una facultad de disponer y administrar existente en esa fecha, sino de una imposición judicial, consecuencia de un acto de adjudicación de la finca a un tercero con derecho a ceder tal remate...»).

Paralelamente, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Córdoba se siguió, a instancia del Comisario y Depositario de la quiebra, procedimiento judicial en el que se debatió la nulidad de la antes citada hipoteca <sup>6</sup>. por causa de

---

<sup>6</sup> Sobre la legitimación activa de la Sindicatura de la quiebra y del Depositario, con el requisito de procedibilidad de la autorización del Comisario (art. 1.091 CCom de 1829), para el ejercicio de las acciones de retroacción, vid más en extenso nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1579-1583, así como Marcos González, Z. M., «El período de retroacción en el proceso de quiebra», RDProc., 1995, núm. 3, pp. 940, 953-954 y 959, donde se ocupa de resaltar la exclusividad de la legitimación de los Síndicos, lo que determina la exclusión del deudor quebrado y de los acreedores, y además se opone a la legitimación del Depositario, como consecuencia lógica de su teoría de que «las reclamaciones judiciales se iniciarán una vez que la fecha de retroacción esté fijada definitivamente, para lo cual es requisito indispensable el nombramiento de los Síndicos y consecuente cese del Depositario»; vid también, Alcover Garau, G., *La retroacción de la quiebra*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 47-49, donde, por contra, y con apoyo en nuestra jurisprudencia, defiende la legitimación del Depositario, como instrumento, además, de dotar de mayor celeridad a la retroacción, permitiendo el pronto ejercicio de la acción, tendente a dotarla de efectos que, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, ciegue la operatividad del artículo 34 LH; de nuevo sobre la legitimación de Depositario, primero en cuanto que administrador de los bienes de la quiebra, y Sindicatura, después, con la autorización del Comisario, vid Sancho Gargallo, I., *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1997, pp. 49, 273-275, pudiendo los acreedores, caso de que los Síndicos no actúen, reclamar el ejercicio de la acción al Comisario, y si éste no les atiende al Juez de la quiebra (art. 1.367 LEC). Atendiendo en particular a la extensión de la autorización del Comisario, vid la Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Antón de la Fuente; RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3063-3065) y la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de diciembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; AC 1996/2425), esta última interpretando muy flexiblemente el requisito de procedibilidad en el sentido de permitir la aportación a los autos del documento acreditativo de la autorización en el curso de los mismos: «Pero también lo es que esa autorización, que no aportó la Sindicatura con su escrito inicial, aparece justificada mediante prueba documental incorporada con el escrito de réplica; prueba que no fue impugnada de contrario y que ofrece, además, a juicio de la Sala, un grado de credibilidad suficiente para entender cumplido el citado presupuesto procesal no obstante el momento de su aportación al tratarse de documento no fundamental sino dirigido a desvirtuar la excepción formulada de contrario». Mayor aún es la flexibilidad a la que se llega en la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel; RJC 1997-I, pp. 137-142), pues el criterio unánime de la Sala admitió que «al no constar en las actuaciones el cumplimiento del mencionado requisito, se acordó, como diligencia para mejor proveer, en esta segunda instancia, oír al Comisario de la quiebra sobre si había autorizado o, en su caso, autorizaba el ejercicio de las acciones objeto del proceso, a lo que el mismo respondió afirmativamente, en términos suficientemente claros como para considerar que el requisito había quedado cumplido con posterioridad a la interposición de la demanda. La subsanación de los defectos procesales no constituye un principio absoluto, pero sí un instrumento eficaz para la efectividad del derecho de tutela judicial, de modo que se impone a los Jueces y Tribunales como un deber —ex art. 53.1 de la Constitución—, en la medida en que el respeto a dicho derecho fundamental la reclame, cual sucedía en este caso, en que la diligencia practicada ha puesto de manifiesto —arts. 243 LOPJ y art 340.4 LEC— sin merma alguna para el principio de igualdad ni superación de las facultades conferidas, que la autorización necesaria que —según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1993— puede producirse y, con mayor razón, demostrarse, antes o después de la demanda y cuya falta podía haber provocado la nulidad del proceso y la necesidad de no repetirlo, se había ya concedido anteriormente». Discrepamos de esta última sentencia, puesto que debe observarse que no sólo se admite la autorización posterior a la demanda de retroacción, sino incluso la autorización a instancia judicial, confundiendo, a nuestro entender, lo que es la autorización con lo que sería una ratificación —supuesto no contemplado en nuestra Ley—, lo que

haberse constituido dentro del período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario.

Seguiremos el orden de la propia sentencia para analizar las principales cuestiones controvertidas en la misma, con algunas otras colaterales, que estudiaremos al tiempo.

## II. DETERMINACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO EN QUE SE DEBATE LA NULIDAD DE LA HIPOTECA E INCIDENCIA SOBRE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131 LH

En el caso litigioso el juicio sobre la nulidad de la hipoteca constituida en período de retroacción se había tramitado ante un Juzgado distinto al que conocía de la quiebra del deudor hipotecario, tal y como ya hemos expuesto en el precedente breve resumen de los antecedentes fácticos del debate <sup>7</sup>.

La sentencia de segunda instancia, dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, estimó la competencia de tal Juzgado para el conocimiento de la controversia, fundándose en el artículo 1377 LEC. Contra dicha resolución de segunda instancia se alza la acreedora hipotecaria, invocando el motivo de casación 2.º del artículo 1692 LEC, en alegación de la falta de competencia funcional del Juzgado que conoció del litigio, y señalando como norma infringida el artículo 53.2 LEC.

El antes citado argumento legal, de aplicación del artículo 1377 LEC, invocado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba objeto de casación, es rechazado, con acierto, por el Tribunal Supremo, puesto que el citado artículo 1377 LEC está previsto para el conocimiento de las demandas de nulidad o de revocación de los actos del quebrado concertados en fraude de acreedores <sup>8</sup>. Esto es, el artículo 1377 LEC está previsto para el conocimiento de los litigios relativos a los actos comprendidos en los artículos 880, 881 y 882 CCom, como ha recordado la *Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza*

---

implica una situación de indefensión para el demandado que, alegando la falta de autorización en su contestación a la demanda, ve cómo en el curso del proceso la autorización deviene en ratificación pero se hace valer como autorización. Más aún, pensemos en el absurdo que podría concurrir en el caso de que iniciado el procedimiento para hacer efectiva la retroacción sin autorización del Comisario de la quiebra, el mismo, en el curso del citado procedimiento, fuese sustituido por un nuevo Comisario que sí autorizase, mejor ratificase, con el grave perjuicio que ello supondría para el demandado, que habría levantado como oposición a la demanda la citada falta de autorización. Sobre la legitimación del Depositario y de la Sindicatura, vid, más sintéticamente, la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de mayo de 1997 (Ponente: Ilma.Sra. D.ª Soledad Serrano Navarro; RGD, núm. 636, septiembre 1997, pp. 11870-11872) y sólo en cuanto a la Sindicatura la ya mencionada Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998.

<sup>7</sup> En la doctrina, vid la defensa del criterio jurisprudencial en ABRIL-CAMPOY, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997», *CCJC*, núm. 44, abril-agosto 1997, p. 568; también vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción ...*, ob. cit., p. 279, remitiéndose al artículo 62 LEC, para la atribución de competencia territorial al Juez «... del lugar del contrato o negocio, o el del domicilio de alguno de los demandados». Por su parte, ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria y retroacción de la quiebra (en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997)», *TJ*, núm. 4, abril 1998, p. 392, es partidario, por razones de economía procesal, de que todas las vicisitudes de la quiebra deberían conocerse por un único juzgador.

<sup>8</sup> Posteriormente, volvemos a ver invocado como motivo de casación una pretendida infracción del artículo 1377 LEC en la *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*

de 6 de noviembre de 1996<sup>9</sup>. Ahora bien, el Tribunal Supremo muestra una argumentación no del todo coherente, puesto que el fundamento de Derecho tercero de la sentencia comentada dice que «... la acción ejercitada debe regirse por la disposición contenida en el artículo 1377 LEC, sustrayendo su resultado del proceso de quiebra...», todo ello después de haber dicho en el fundamento de Derecho segundo que: «La sentencia recurrida, en su fundamento jurídico quinto, no acepta la falta de competencia funcional en razón a lo dispuesto en el artículo 1.377 LEC, pero ello no es admisible...». A nuestro entender, es cierto que para dar efecto a la retroacción no debe estarse a la aplicación del artículo 1377 LEC, porque sencillamente dicho precepto no está previsto para tal procedimiento en particular<sup>10</sup>. Por ello, la tramitación de tal procedimiento ha de realizarse a través del juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de los actos afectados por la retroacción, pero no por la aplicación del artículo 1377 LEC, sino por la ausencia de previsión de un procedimiento específico en nuestra legislación procesal vigente<sup>11</sup>.

Además, la Sala 1.<sup>a</sup> añade otro argumento, éste, a nuestro juicio, de una incidencia secundaria: la no susceptibilidad de acumulación al juicio universal de quiebra del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH (arts. 132 LH y 166 LEC), procedimiento judicial que entiende susceptible de tramitación separada e independiente del juicio concursal, siempre que se hubiese iniciado dicha tramitación con anterioridad a la declaración de quiebra<sup>12</sup>.

---

de 26 de marzo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/2539), si bien en este caso la Sala no entró a analizar el precepto procesal en sí, sino a razonar acerca de la irrecorribilidad en casación del posible incumplimiento de las normas de reparto. En esta Sentencia citada el conocimiento del procedimiento para hacer valer la retroacción correspondió al mismo Juzgado que tramitaba la quiebra.

<sup>9</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; AC 1996/2009. Sobre la incidencia que el distinto procedimiento judicial a seguir tiene en el acceso o no a la casación, *vid* VEGAS TORRES, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 12 de noviembre de 1993», *RGD*, núm. 619, abril 1996, pp. 3893-3894, pues mientras que al seguirse el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía cabe el acceso a casación, no ocurre lo mismo cuando el trámite que se sigue es el incidental. En este sentido dice Vegas Torres, que «especialmente absurdo es lo que sucede con las acciones de reintegración de la masa activa: las que se fundan en los artículos 879 y 880 del Código de Comercio no tienen acceso a casación; sí pueden tenerlo, en cambio, las basadas en los artículos 881 y 882 del citado cuerpo legal...». Discrepamos de Vegas Torres en el sentido de que el artículo 880 CCom debe considerarse incluido en la remisión del artículo 1377 LEC, pues se aplica ante unos actos que se consideran en fraude de acreedores.

<sup>10</sup> A menos que, como hace SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 278-279, se reconduzca la acción de retroacción a una acción rescisoria, en cuyo caso «... cabría encuadrarla dentro del supuesto de hecho descrito en el artículo 1.377 LEC...».

<sup>11</sup> *Vid* nuestro «La retroacción...», ob. cit., p. 1.578, donde seguimos en esta cuestión al profesor SASTRE PAPIOL –también *vid* MARCOS GONZÁLEZ, M., «El período de retroacción...», ob. cit., p. 948 y ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», ob. cit., p. 568–, una vez superada la tesis de JIMÉNEZ DE ESCARZAGA, favorable a la aplicación analógica del artículo 1375 LEC. Se manifiesta partidario de la aplicación del artículo 1377 LEC a las acciones de retroacción ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 49-50, e «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., pp. 391 y 393, calificando la acción de retroacción como acción de anulabilidad; también, como ya apuntamos, SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 51, 278-279, este último entendiendo que estamos ante una acción pauliana.

<sup>12</sup> *Vid*, recientemente, las Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; A. 1996/6642), de 7 de marzo de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/1644) –esta última para diferenciar estos procedimientos de los juicios ejecutivos, que sí deben acumularse al procedimiento de quiebra, iniciados antes o después del Auto

Es preciso destacar, además, que en el caso debatido en la sentencia objeto de este comentario el Juzgado ante el que se seguía el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, para ejecutar la hipoteca concertada en el período de retroacción, denegó la suspensión solicitada de dicho procedimiento judicial, suspensión que se había acordado por el Juzgado ante el que

---

de declaración de quiebra, haya o no sentencia firme de remate, anterior o posterior a dicho Auto, salvo que ya se hubiese pagado al ejecutante o se hubiese declarado su insolvencia-, y de 4 de diciembre de 1997 (Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela; A. 1997/8726) –con un completo análisis de los juicios acumulables al de la quiebra-, de la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Belo González; RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3065-3078), que cita también como apoyo legal los artículos 1379 y 1173.3 LEC. Con mayor extensión argumentativa, *vid.*, en la más reciente doctrina procesalista, MASCARELL NAVARRO, M.ª J., «La denominada retroacción absoluta de los efectos de la declaración de quiebra y el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», RGD, núm. 619, abril 1996, pp. 3799-3802 y 3817-3818, y MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 1054-1061, y en la doctrina mercantilista, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3483-3492, todos ellos separando también del juicio concursal los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados después de la declaración de quiebra del deudor hipotecario, con apoyo en los artículos 161.3 y 1.379 LEC; en el mismo sentido, desde una perspectiva diferente, *vid.* CORTÉS, L. J., «La posición del acreedor hipotecario en la quiebra», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3512-3529 y SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...* ob. cit., pp. 96-99, 268-269 y «Operaciones de reintegración de la masa de la quiebra», *Derecho Concursal*, II, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 462-465, este último llamando la atención acerca de que la protección de la masa vendrá por la vía de la anotación preventiva de la demanda de retroacción (art. 42.1.ª LH), pues hasta que no se obtenga por sentencia judicial firme la ineficacia de la hipoteca, que acuerde su cancelación registral, no se podrá suspender el procedimiento sumario como consecuencia de la presentación de la certificación registral expresiva de haber quedado cancelada la hipoteca (art. 132 LH); en la práctica jurisprudencial menor, con síntesis de «jurisprudencia menor», coincide la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 6 de junio de 1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma; RGD, núm. 631, abril 1997, pp. 4838-4840), con cita de las Sentencias de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de diciembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de abril de 1995, con apoyo en los artículos 127, 132 y 135.3 LH, y 166 LEC, arguyendo sobre la base de una aplicación analógica de la regulación de la hipoteca naval y de la hipoteca mobiliaria, así como exponiendo que «... no tendría mucho sentido que si el acreedor ya ha iniciado la ejecución hipotecaria no queda integrado en la masa del concurso o de la quiebra, vaya a darse una diferencia tan sustancial por el hecho de mero oportunismo de no haber iniciado la ágil ejecución hipotecaria para cuando se inicia el farragoso y costoso proceso de ejecución general...»; a propósito de una hipoteca mobiliaria, concertada durante el período de retroacción de la quiebra del deudor hipotecario, *vid.*, en el mismo sentido contrario a la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, aplicando el artículo 85 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, el Auto de la Audiencia Provincial de Bilbao de 24 de octubre de 1996 (Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Carmen Keller Echevarría; AC 1996/2076). Distinto es el criterio de ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 96-103, en lo que se refiere a su negativa a la admisión de la ejecución hipotecaria iniciada posteriormente a la inscripción registral del Auto de declaración de quiebra, fundándose en la ausencia de un precepto legal paralelo al artículo 918 CCom.

El criterio seguido por el Tribunal Supremo en este caso, de exigencia de anterioridad en la tramitación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH respecto a la declaración de quiebra, es el seguido por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de marzo de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García

se seguía el juicio declarativo sobre la nulidad de la hipoteca afectada por la retroacción <sup>13</sup>.

*De lege ferenda* nos detenemos un momento en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal del profesor Rojo. Conforme a su artículo 124.1.1, dentro de los créditos con privilegio especial se incluye a los «créditos garantizados por hipoteca...» <sup>14</sup>. En primer lugar, los titulares de los créditos especialmente privilegiados que hubiesen iniciado su ejecución antes del concurso, gozan de la posibilidad de levantar la suspensión de sus ejecuciones una vez transcurridos dos meses desde la fecha fijada en la sentencia de declaración del concurso para la celebración de la Junta de Acreedores <sup>15</sup>. Frente a los acreedores especialmente

Manzano; A. 1996/2206), a propósito de la preferencia de los embargos administrativos de bienes del deudor declarado posteriormente en quiebra, haciéndose, además, abstracción, de la retroacción de los efectos de la quiebra.

De lege ferenda, en cuanto a la futura situación de la ejecución en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de Rojo, queda vedada la ejecución separada, como se desprende de los artículos 64, 67 y 196, que analiza, por ejemplo, de forma conjunta Gozalo López, V., «La reforma del Derecho Concursal Español: hacia una nueva ordenación sistemática de los procedimientos concursales», TJ, núm. 5, mayo 1997, pp. 534-535. En cuanto a la ejecución hipotecaria en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (arts. 290 a 293), vid Rojo Fernández-Río, A., «Las opciones...», ob. cit., pp. 116-117.

<sup>13</sup> Sobre la no suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por causa de la tramitación del juicio de nulidad de la hipoteca afectada de retroacción, y la posibilidad de acordar en dicho juicio declarativo la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, así como la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 132.VIII LH, vid Mascarell Navarro, M.ª J., «La denominada retroacción...», ob. cit., pp. 3.825-3.829 y ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 394. Con mayor extensión, vid nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1613-1617, donde también referimos la particular posición de RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Cabrera, para quien sólo no cabe la suspensión del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, cuando el deudor hipotecario ha sido declarado en quiebra, si la garantía hipotecaria no estuviese constituida en el período de retroacción, así como nos detenemos en la no susceptibilidad de acumulación del procedimiento judicial sumario citado al juicio concursal de quiebra, cuestión esta última que confirma la sentencia comentada: «El que el juez que tramita la quiebra conozca de la petición de declaración de nulidad de los actos del quebrado realizados en la fecha (sic.) de retroacción, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 878 CCom, no sólo no implica que se tenga que acumular al juicio universal, el de ejecución de la hipoteca, supuestamente afecta por la retroacción, sino que, además, dicha acumulación está vedada por lo establecido en el artículo 132 LH y la impide, igualmente, el artículo 166 LEC, al referirse a la acción ejecutiva cuando se persigan bienes hipotecados...».

<sup>14</sup> Vid la defensa del mantenimiento de este privilegio, por parte de BLASI PUJOL, R. y CASAGRÁN JORDÁ, M.ª D., «Apuntes para la reforma del derecho concursal español», RJC, 1997-2, p. 461: «... pues de otro modo, las entidades financieras restringirían sus créditos hipotecarios o pignoratícios a las empresas y todo el sistema económico se resentiría de ello».

<sup>15</sup> Vid el artículo 67 de la Propuesta y, en la doctrina, BELTRÁN, E., «Una nueva propuesta de Ley Concursal», AJA, núm. 237, 14 de marzo de 1996, pp. 3-4, donde justifica esta situación en la búsqueda de un tiempo para la elaboración de «... un plan de viabilidad, a fin de impedir que dichos acreedores se conviertan en árbitros de la continuación o liquidación de la empresa» y GARRIDO, J. M.ª, «La reforma del Derecho Concursal», RDBB, núm. 64, octubre-diciembre 1996, pp. 928-929, donde concreta que «integrando las disposiciones de la "Propuesta", la suspensión de las acciones ejecutivas puede afectar a los acreedores con privilegio especial durante un período de ocho meses, período que debería ser aprovechado por los órganos del concurso y el propio deudor para encontrar una solución al concurso».

privilegiados que no hubiesen iniciado la ejecución de sus créditos al tiempo del concurso, conforme al artículo 196 de la citada Propuesta, los síndicos del concurso tienen la facultad de optar por satisfacer su importe o por realizar los bienes afectos. Tal opción debe ejercitarse y comunicarse a los acreedores privilegiados dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada en la sentencia de declaración de concurso para la celebración de la Junta de acreedores. Si se opta por el pago, el mismo deberá ser inmediato, con cargo a la masa activa del concurso. Si se opta por la realización de los bienes, el órgano judicial competente es el Juez que conoce del concurso, en la forma prevista en el artículo 196.3, que contempla diversas modalidades aparte de la subasta, incluyendo la venta con subrogación en la carga hipotecaria, aunque se privilegia la subasta, pues es imperativa si así lo exige el titular del crédito hipotecario. En cualesquiera de los casos citados (se haya iniciado o no la ejecución al tiempo del concurso), el artículo 68 de la Propuesta limita los intereses a percibir por tales acreedores especialmente privilegiados a aquellos que no superen el valor de la garantía, mientras que el artículo 70 suspende el derecho de retención.

Para el caso de que la ejecución del crédito hipotecario se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso del deudor, el artículo 196.5 de la Propuesta contempla la sumisión al régimen anterior –luego la suspensión de la ejecución judicial por el tiempo antes referido– a menos que, a requerimiento de los síndicos y dentro del mes siguiente a su recepción, los acreedores privilegiados especialmente aceptasen la continuación de la ejecución ante el Juez del concurso. Ello es consecuencia del artículo 64 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, atributivo de una competencia exclusiva al Juez del concurso: «El Juez del concurso es el único competente para acordar ejecuciones y embargos de cualquier clase sobre bienes y derechos integrados en la masa activa»<sup>16</sup>.

Ya *ab abundantiam*, la Sala recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial atinente a la imposibilidad de debatir acerca de la fecha de la retroacción en los procedimientos en que se trate de hacer efectiva la nulidad que lleva aparejada la retroacción de la quiebra, discusión que, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo recuerda que es competencia del Juzgado que conoce de la quiebra<sup>17</sup>. Ahora

<sup>16</sup> Vid síntesis del proyectado régimen de ejecuciones de bienes del concursado, en GONZALO LÓPEZ, V, «La reforma del Derecho concursal español: hacia una nueva ordenación sistemática de los procedimientos concursales», *TJ*, núm. 5, mayo 1997, pp. 534-535.

<sup>17</sup> Vid, por ejemplo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Notas sobre el instituto concursal de la retroacción», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Civitas, Madrid, 1996, pp. 3565-3566, con abundante cita de jurisprudencia al respecto, al tiempo que añade una justificación para tal situación cual es la de que resulta «... del todo razonable ya que no cabe variación de la fecha en los juicios singulares que se sigan como consecuencia de la retroacción porque la fijación de su fecha ha de ser igual para todos –so pena de legitimar discriminaciones injustificadas– en el juicio universal»; recientemente, ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», ob. cit., p. 572, al tiempo que reconoce que también es justificada esta situación porque el Juez que tiene a su alcance los datos necesarios para fijar la fecha de retroacción es el que conoce de la quiebra, pone de manifiesto que «... se produce una mengua notable de las posibilidades de defensa del afectado por la retroacción». Ello será cierto sólo cuando el afectado no hubiese accedido al conocimiento de la fecha de la retroacción hasta el momento en que, resultándole temporalmente imposible pretender la modificación de la fecha de la retroacción, hubiera conocido que el contrato concertado con el quebrado estaba incluido en el período de retroacción.

Con mayor extensión, vid nuestro «La retroacción...», ob. cit., pp. 1550-1551; recientemente, también sobre la modificación de la fecha de retroacción, por vía incidental, vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 45-47 y 270-273, y ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 393.



bien, consecuencia lógica de lo anterior es que si al tiempo que se está tramitando el procedimiento declarativo de retroacción se está siguiendo, ante el Juez de la quiebra, un procedimiento incidental de modificación de la fecha de retroacción, en el primero deba admitirse la excepción de litispendencia (art. 533.5.º LEC). Lo contrario podría llevar a situaciones tan contradictorias y lesivas para el derecho a la tutela judicial efectiva como que se declarase la nulidad de un acto del quebrado en período de retroacción, al tiempo que en otro Juzgado recaer una resolución por la que se modifica la fecha de retroacción, de modo que el citado acto quedase fuera de tal espacio temporal.

En la «Jurisprudencia Menor» no se ha dotado de mayor relevancia a la posibilidad de que conociese del juicio para dotar de efecto a la retroacción el propio Juez que conoce de la quiebra, siempre que la competencia territorial fuese ya de los Juzgados del Partido Judicial del que conoce de la quiebra, pues tiene dicho la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de mayo de 1993*<sup>18</sup>, que «... el quebrantamiento de estas normas (de reparto) no reportaría, sin embargo, más que la posibilidad de imponer una sanción disciplinaria al juzgador que no las hubiera observado como, con meridiana claridad, se deduce de los artículos 167 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 430 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en especial, del artículo 433, que indica que los Jueces que dicten Providencia en un negocio que no estuviera repartido serán corregidos disciplinariamente con arreglo a lo establecido en el título siguiente...». Tal criterio se ha visto confirmado por la *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1997*<sup>19</sup>, que resolvió el recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia.

### III. PROCEDIMIENTO JUDICIAL HÁBIL PARA HACER EFECTIVA LA RETROACCIÓN

Faltando previsión legal expresa al respecto de establecer un procedimiento en particular como el adecuado, para dar efecto judicial a la retroacción, en cuanto nulidad de los actos afectados por la misma, la Sala reitera que habrán de seguirse los trámites del juicio ordinario que corresponda a la cuantía del procedimiento.

Estamos ante un caso distinto al que concurre, por ejemplo, en los supuestos de los artículos 1371 y 1375 LEC, en los que se previenen en particular los procedimientos incidental y de interdicto de recobrar, respectivamente, en relación con los artículos 879 y 880 CCom<sup>20</sup>. En el mismo sentido, *vid* la ya citada *Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de noviembre de 1996*<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; TA 1.993-III/1.355.

<sup>19</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; A. 1997/2539.

<sup>20</sup> En la doctrina, incluso en estos casos, admite que se pueda seguir el juicio declarativo ordinario Sancho Gargallo, I., *La retroacción...*, ob. cit., p. 280. A nuestro juicio, sólo desde la perspectiva de que con la tramitación de un juicio declarativo ordinario se permitiese un más amplio debate sobre la cuestión controvertida puede admitirse la tesis de SANCHO GARGALLO, pues la rotundidad de la previsión legal elimina cualquier duda acerca de cuál ha sido el procedimiento elegido por el legislador en cada caso.

<sup>21</sup> *Vid* con mayor extensión nuestro *La retroacción...*, ob. cit., pp. 1578-1579.

Además, el juicio declarativo que corresponda debe considerarse el más adecuado, por cuanto que permitirá, como dice la Sentencia comentada con acierto, «... dilucidar las cuestiones de la más variada índole...», todo ello en conexión con «la multiplicidad de actos y contratos realizados por el quebrado que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad que previene el artículo 878 CCom...».

#### IV. EL DESTINO DE LAS HIPOTECAS AMPARADAS POR EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DEL MERCADO HIPOTECARIO

La entidad hipotecante afectada por la retroacción buscó cobijar la hipoteca constituida en período de retroacción bajo el paraguas protector del artículo 10 de la Ley de 25 de marzo de 1981, reguladora del Mercado Hipotecario, que, recordamos, dice: «Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél»<sup>22</sup>. Nos encontramos, como bien dice la recurrente en la sentencia comentada, ante «... *un principio de especialidad*, respecto de la norma general del artículo 878 CCom» –la cursiva es nuestra<sup>23</sup>–, especialidad que implica, al margen de su posterioridad respecto del artículo 878 CCom, su prevalencia respecto de este último precepto<sup>24</sup>, eso sí, dentro de su propio campo de aplicación, destinado, según apunta nuestra práctica, a proteger no a la entidad acreedora sino a los terceros tenedores de las cédulas emitidas<sup>25</sup>. A nuestro juicio también se destina a proteger la seguridad del mercado hipotecario en general, que, en épocas de crisis generalizada con abundancia de procedimientos concursales, puede llegar a encontrarse en serio peligro.

<sup>22</sup> Precepto llamado a desaparecer, de triunfar la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (*vid* disposición derogatoria 9.º), consecuencia lógica de la proyectada supresión de la retroacción y su sustitución por la revocación de determinadas operaciones del concursado.

<sup>23</sup> En contra, *vid* MONTERO AROCA, J., *Procedimiento judicial...*, ob. cit., pp. 1051-1052, donde califica el precepto de «aparentemente especial», pues considera que la LMH protege a todas las hipotecas, sin hacer distinción, inscritas a favor de las entidades financieras que refiere dicha Ley.

<sup>24</sup> *Vid* la clara y rotunda Sentencia de la Sección 16.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; *Act. Civil* 1998/10): «Seguramente porque el marasmo conceptual y la arbitrariedad negocial había llegado a un grado escasamente compatible con la seguridad del mercado inmobiliario, la Ley de Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, estableció en su artículo 10 que las hipotecas inscritas a favor de entidades a que se refiere el artículo 2 del propio texto legal sólo podrán ser impugnadas al amparo de lo que dispone el artículo 878.2 CCom, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen.

Que este texto legal es aplicable al presente caso, no nos ofrece la menor duda, pues es la ley posterior que prevalece sobre la anterior y precepto especial que prevalece sobre el general».

<sup>25</sup> *Vid* la Sentencia de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Epifanio Legido López; *AC* 1998/1423).

Es preciso destacar que ya en la «Jurisprudencia Menor» ha existido un importante movimiento tendente a dotar al citado precepto especial de un alcance más general. En este sentido, es muy interesante citar la Sentencia de la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 1996<sup>26</sup>, en la que solamente la sujeción de la misma a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC) le conduce a no seguir su propia interpretación, que expone con detalle y extensión, de que el artículo 878.2 CCom no contempla una nulidad absoluta o radical, sino una rescisión por fraude de acreedores, como establece el artículo 10 de la LMH<sup>27</sup>. Más aún, en dicha Sentencia, el voto particular del Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos es partidario de seguir, hasta sus últimas consecuencias, la interpretación de la Sala, anteriormente apuntada.

Poco después, la misma Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 27 de septiembre de 1996<sup>28</sup>, orilla entrar en el antes citado debate, por causa de que estima que el acto afectado de retroacción (una compraventa) se había concertado en perjuicio de la quiebra, pues se había vendido una finca tasada en 74.852.912 pesetas en la suma de 45.000.000 de pesetas, de las que, además, sólo se confesaban recibidas 2.297.669 de pesetas, quedando el resto del precio como cantidad para el pago de las hipotecas, que gravaban la finca vendida, en las que se subrogaba el comprador. A este mismo criterio de perjuicio para la masa, como determinante de la estimación de la retroacción, se está en la Sentencia de la misma Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1997<sup>29</sup>. En esta última sentencia se declara además que la situación del subadquirente, que había adquirido la posición de arrendatario financiero, no gozaba de protección, puesto que no concurría buena fe en su conducta, a través de la cual había obtenido en la operación jurídica afectada por la retroacción, un sustancioso beneficio.

En esta misma línea, se puede citar la Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de noviembre de 1996<sup>30</sup>, cuando únicamente atiende a la perjudicialidad para la quiebra de la hipoteca constituida en período de retroacción, como criterio determinante de su nulidad, pues consideró que incluso concurría *consilium fraudis*. Ahora bien, la misma Sección y el mismo Ponente se refrenan en dicha línea interpretativa en la interesante Sentencia de 14 de julio de 1997<sup>31</sup> —«Hay que distinguir en consecuencia una deseable expansión de los casos en que la nulidad absoluta del artículo 878 habría de ser anulabilidad o rescindibilidad, de una interpretación extensiva del artículo 10 de la Ley 2/1981»—, que más adelante referiremos con detalle.

Desde una perspectiva distinta se analiza la perjudicialidad de la hipoteca constituida por la quebrada en período de retroacción a favor de una entidad bancaria —no se discutió la aplicación de la LMH— en la Sentencia de la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia

<sup>26</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel; *RJC* 1997-I, pp. 137 y ss.

<sup>27</sup> *Vid* un ejemplo de estimación de concurrencia de fraude en la constitución de una hipoteca protegida por la LMH, en la ya referida Sentencia de la Sección 19.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de julio de 1998, pues se había constituido la garantía hipotecaria respecto de una suma en concepto de préstamo de la que, en realidad, el deudor hipotecario, luego quebrado, no había recibido más que una parte.

<sup>28</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; *RJC* 1997-I, pp. 141 y ss.

<sup>29</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; *RJC* 1998-I, pp. 161-166.

<sup>30</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; *AC* 1996/2009.

<sup>31</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique Mora Mateo; *RGD*, núm. 643, abril 1998, pp. 5242-5245.

Provincial de Oviedo de 13 de febrero de 1997<sup>32</sup>, pues, tras acoger la doctrina jurisprudencial de rígida aplicación del artículo 878.2 CCom, suaviza esa tesis, al afirmar que: «Todo acto jurídico subsumible en la órbita del artículo 878.2 ha de presumirse perjudicial para la masa, y por tanto nulo, lo que nos lleva a afirmar que corresponde realizar una prueba concluyente de su carácter no perjudicial al que se oponga a la nulidad, prueba que en el caso enjuiciado no se ha realizado...». Se aprecia, por tanto, cómo esta última sentencia referida invierte la carga de la prueba de la no perjudicialidad, de manera que hace recaer la misma en el acreedor hipotecario que defienda la validez de la hipoteca concertada en el período de retroacción.

También entendemos de interés la consulta de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 27 de septiembre de 1996<sup>33</sup>, aunque esta última, aparte de fundarse en la ausencia de *consilium fraudis* para desestimar la demanda formulada por la sindicatura de la quiebra, que solicitaba la nulidad de una compraventa de una finca del quebrado y de la constitución de una hipoteca sobre ella dentro del período de retroacción, incide también en la prevalencia del artículo 34 LH sobre el artículo 878.2 CCom, cuestión que ya trasciende de los límites que nos hemos marcado en este comentario<sup>34</sup>.

Más dura, en su análisis del artículo 878.2 CCom, es la Sentencia de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 1997<sup>35</sup>, cuando, aprovechando que hace aplicación del artículo 10 de la LMH, como ya hemos visto anteriormente, sostiene que «Realmente, sobre el artículo 878.2 CCom se ha dicho ya todo. Mejor dicho, todo menos declarar de una vez anticonstitucional aquella perversa utilización de este precepto consistente en preordenar arbitrariamente una fecha con la indisimulada intención de anular con absoluta indefensión e inaudita parte determinada actuación jurídica, al margen de cualquier referencia objetiva como lo era el artículo 1024 CCom de 1829 y sin más base objetiva que la complacencia del Juzgado que está decretando la quiebra respecto de la fecha que pide el instante»<sup>36</sup>.

Bien es cierto que sigue extendida la doctrina de rígida aplicación del artículo 878.2 CCom, como en la Sentencia de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de marzo de 1997<sup>37</sup>, a propósito del negocio nulo de una

<sup>32</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA*, 1.997-XIV, 5938.

<sup>33</sup> Ponente: Ilmo. Sr. Ruiz Ramo; *AP* 1996/2394.

<sup>34</sup> *Vid.*, a este respecto, como síntesis, el trabajo de BERMEJO GUTIÉRREZ, N., «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)», *RCDI*, núm. 641, julio-agosto 1997, pp. 1407-1426, donde, con un completo estudio doctrinal y jurisprudencial, pretende superar la colisión entre los artículos 878.2 CCom y 34 LH, considerando que tal conflicto no existe sino que ambos preceptos son compatibles. Compartimos el análisis de esta autora en relación con la aplicabilidad del artículo 34 LH, pero discrepamos en relación a que no haya conflicto, puesto que sí que hay conflicto y prueba de ello es que ambas normas colisionan, debiendo solucionarse su colisión, a nuestro entender, no sobre la base de intereses prevalentes (interés de los acreedores *versus* interés de los terceros), sino atendiendo a la especialidad y posterioridad del artículo 34 LH, que, en su ámbito de aplicación, desplaza, como norma posterior y especial, a la primera, al artículo 878 CCom. También *vid.* SANCHEZ GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., pp. 99-112, 254-255, donde hace un completo recorrido jurisprudencial acerca de la relación entre los artículos 34 LH y 878.2 CCom, siempre desde su defensa de la prevalencia del artículo 34 LH, en cuanto que precepto posterior y especial respecto del artículo 878.2 CCom, y, por lo tanto, entendiendo que debe quedar protegido el tercero hipotecario frente a la retroacción.

<sup>35</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Ferrer Barriendos; *Act. Civil* 1998/10.

<sup>36</sup> Por contra, *vid.* como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 3 de noviembre de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Xoan Carlos Montes Somoza; *AC* 1997/2250), reconoce que la retroacción genera inseguridad jurídica, pero entiende que la misma no llega a afectar al derecho fundamental a la tutela efectiva de las personas en el ejercicio de sus derechos.

<sup>37</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Victoriano Jesús Navarro Castillo; *RGD*, núm. 634-635, julio-agosto 1997, pp. 9733-9736.

devolución de pagarés en período de retroacción y como resulta claramente recordado en la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998<sup>38</sup> donde se reitera que la nulidad del artículo 878.2 CCom es intrínseca, absoluta, de pleno derecho, actúa *ope legis*, hasta tal punto que, en ese caso concreto, proyecta la misma sobre la eliminación de la responsabilidad en que, caso contrario, hubiera incurrido el Notario autorizante –negligentemente al no haber detectado la necesidad de subsanar la autocontratación aparente en que se incurría a través de la ratificación del consentimiento por la Junta General de la mercantil hipotecante– de una escritura pública, dentro del período de retroacción de la mercantil otorgante, consistente en un reconocimiento de deuda y una constitución de hipoteca sobre una finca de su propiedad. Sí vuelve a dejar al margen, otra vez, esta última sentencia citada, la posible aplicabilidad del artículo 34 LH, porque en ese caso no se daba tan siquiera el supuesto de hecho contemplado en tal precepto legal. Por último, esta sentencia, no es tan radical como a primera vista pudiera parecer, pues sostiene que: «Las únicas matizaciones que aquella nulidad admite son las que están fuera de la lógica del precepto: los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores».

De otro lado, es preciso destacar también que el artículo 10 de la LMH no está sólo. A su lado, y siguiendo su mismo criterio se encuentran los siguientes preceptos<sup>39</sup>: artículo 9.3 de la LMV de 28 de julio de 1988 («El tercero que adquiera a título oneroso valores representados por medio de anotaciones en cuenta de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitir no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave»), no modificado tras su reforma por Ley 37/1998, de 16 de noviembre; disposición adicional séptima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero («En caso de quiebra de un miembro o de un cliente de los mercados secundarios oficiales de futuros y opciones, la constitución o aceptación de valores y efectivo como garantía de las operaciones de mercado sólo será impugnabile al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución o afectación de valores y efectivo como garantía de las operaciones del mercado»); disposición adicional tercera, 3 y 4, de la ley 1/1999, de 15 de enero, de regulación de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, dedicado en concreto a la regulación parcial del

<sup>38</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; A. 1998/1280.

<sup>39</sup> Vid SANCHO GARGALLO, I., *La retroacción...*, ob. cit., p. 123, y «Operaciones de reintegración...», ob. cit., pp. 485-486, que propugna tales preceptos como base para una reinterpretación del artículo 878 CCom, que permita evitar efectos perturbadores para la seguridad jurídica, de modo que la retroacción sólo opere frente a los actos perjudiciales para la masa.

Pese a este acompañamiento legislativo monocorde, *vid* la crítica, aislada en nuestra doctrina, de ALCOVER GARAU, G., «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., pp. 394-395, al citado artículo 10 LMH, donde llega a calificar el precepto de «absurdo», dado que colisiona con su teoría de que la acción de retroacción es una acción de anulabilidad, ajena a la idea del fraude. A nuestro juicio, el artículo 10 LMH y la demás legislación especial concorde con el mismo, sí que reconduce la retroacción a sus justos términos, al exigir la concurrencia del fraude, pues las acciones legales revocatorias se proyectan sobre los períodos anteriores a la fecha de retroacción.

*factoring*, volviendo a suponer una dentellada a la retroacción en cuanto nulidad absoluta, tanto cuando se produce la quiebra del cedente como la del deudor cedido, como instrumento de tutela de las cesiones de crédito que cumplen los requisitos que se prevén en la misma disposición<sup>40</sup>.

*De lege ferenda*, la disposición derogatoria de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 del profesor Ángel Rojo solamente contempla, en su apartado 12, la derogación de la segunda de las normas citadas, no así de la primera.

El debate en el litigio, que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1997, se centra en determinar la capital cuestión de si la hipoteca de la que era titular la entidad financiera era susceptible de incluirse en el ámbito de la LMH, puesto que la Sala enjuiciadora en segunda instancia había entendido que la misma no cumplía con el artículo 4 de la citada Ley especial: «La finalidad de las operaciones a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y *cualquier otra obra o actividad*» (hemos reproducido en cursiva el inciso final del reproducido precepto, puesto que es sobre dicho inciso sobre el que versa la controversia).

Resulta claro que en esta sentencia el Tribunal Supremo continúa con su doctrina tradicional, que niega trascendencia al artículo 10 de la LMH a los efectos de servir de criterio interpretativo del artículo 878.2 CCom, por lo que encierra el precepto dentro de su propio ámbito de aplicación. Justamente a delimitar ese ámbito de aplicación es a lo que se dedica el Tribunal Supremo seguidamente.

En el caso debatido, el deudor quebrado era un comerciante dedicado al sector de los abonos, afirmando la entidad hipotecante que el destino del préstamo garantizado con la hipoteca era el de financiar dicha actividad, para lo que se había procedido a gravar hipotecariamente la totalidad de los inmuebles en los que se asentaba la actividad mercantil del quebrado.

Está completamente acertada la Sala enjuiciadora cuando razona que «... la aplicabilidad del artículo 10 de la meritada Ley se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamos a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4...».

Siendo cierto que el artículo 4 de la LMH contiene una enumeración no cerrada<sup>41</sup> de las finalidades a que puede destinarse la hipoteca concertada con una entidad del mercado hipotecario, para que la misma goce de la protección proporcionada por el artículo 10 de la citada Ley especial (de ahí el inciso final del precepto, «*cualquier otra obra o actividad*»), el Tribunal Supremo entiende que debe seguirse una interpretación estricta.

Tal interpretación estricta deviene del carácter de excepción a la regla general prevista en el artículo 878.2 CCom que implica la legislación del mercado hipote-

---

<sup>40</sup> Vid. GARCÍA SOLE, F., «La reciente normativa sobre *factoring*», *La Ley*, núm. 4746, de 3 de marzo de 1999, p. 5, para quien como resultado de estas últimas normas el periodo de retroacción deviene en «periodo sospechoso», añadiendo además la cita, en similar sentido restrictivo del ámbito de la retroacción, la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria.

<sup>41</sup> «Ambivalente» dice la ya mencionada Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997.

cario <sup>42</sup>, y debe entenderse en el sentido de que la misma no debe llevar aparejada que dichas obras o actividades difieran sustancialmente de las obras y actividades, que, anteriormente, se enumeraron en el mismo artículo 4 de la LMH, obras y actividades todas ellas relacionadas con la construcción, rehabilitación y adquisición inmobiliaria. Criterio interpretativo que ya apuntamos en su día <sup>43</sup>, a la luz de la propia exposición de motivos del RMH, aprobado por Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, cuando dice que: «La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, establece una estructura completa para la financiación de *determinadas actividades...*»; de ello se desprende que la finalidad de la especial normativa del mercado hipotecario es favorecer la financiación hipotecaria de sólo algunas determinadas actividades <sup>44</sup>, actividades que la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997 identifica como «...actividades de construcción en el sentido más amplio, pero siempre dentro de ese sector económico...» y que condujeron a la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de noviembre de 1997 <sup>45</sup>, a denegar la protección de la LMH a una hipoteca constituida a favor de una Caja de Ahorros para refinanciar una deuda anterior con dicha entidad de los deudores hipotecantes, luego quebrados, ajena, al faltar prueba al respecto, pues la escritura guardaba silencio acerca del objeto de la concesión del préstamo, a las finalidades contempladas en el artículo 4 de la LMH, aun entendiendo que las mismas no están enumeradas de forma casuística o cerrada en dicho precepto legal, pero sin que ello permita olvidarse de que su interpretación ha de hacerse de «... manera restringida, en razón a la especialidad del precepto».

Con esta Sentencia de 23 de enero de 1997 se vienen a salvar, pues, las dudas que habían generado la escasa «jurisprudencia menor» y la doctrina registral

<sup>42</sup> Vid la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, y MORA MATEO, J. E., «Efectos de la retroacción de la quiebra sobre hipotecas inscritas a favor de algunas entidades financieras», *RGD*, núm. 645, junio 1998, p. 7100. Recordemos, por nuestra parte, que ya anteriormente nos hemos referido a la especialidad, en esta cuestión, de la legislación hipotecaria.

<sup>43</sup> Con satisfacción lo vemos reproducido en la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997 y ratificado por el Ponente de dicha Sentencia, José Enrique MORA MATEO, en su trabajo «Efectos de la retroacción...», ob. cit., pp. 7098-7100.

<sup>44</sup> Vid una nueva interpretación restrictiva, en nuestra doctrina, que se hace por BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «Hipoteca...», ob. cit., p. 3506, así como por ABRIL CAMPOY, J. M., «Comentario...», ob. cit., pp. 572-573, este último con un cierto regusto amargo, nos parece, por el privilegio que supone para las entidades contempladas en el artículo 2 de la Ley especial del Mercado Hipotecario—recordamos que no en todo caso, como pone de manifiesto MORA MATEO, J. E., «Efectos de la retroacción...», ob. cit., p. 7099, pues no estamos ante una norma generadora de acreedores privilegiados—, pero con la esperanza de apuntar a una solución más satisfactoria en el Anteproyecto de Ley Concursal, que ya indicamos anteriormente: «... que elimina la retroacción absoluta (décimosegundo criterio básico), diferencia el régimen aplicable para los actos onerosos y gratuitos y mantiene la adquisición del tercero de buena fe (cfr. arts. 90 a 99)...». Por nuestra parte, destacamos, con ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., p. 95, que «lo que la Ley intenta proteger son los títulos emitidos en el mercado hipotecario...», pues, como dice el mismo autor, en su trabajo «Hipoteca inmobiliaria...», ob. cit., p. 395, «... la finalidad de la repetidamente citada Ley no es otra que la de abaratar la financiación de las entidades de crédito y otras para acceder los particulares y las empresas a la propiedad territorial...».

<sup>45</sup> Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Jover Carrión; *RGD*, núm. 646-647, julio-agosto 1998, pp. 10394-10396.

sobre la aplicación del artículo 10 de la LMH <sup>46</sup>, pues es la primera vez que el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de tal cuestión en relación con el meritado precepto legal.

En todo caso, de la sentencia comentada podemos extraer que no es necesario que en el propio cuerpo de la escritura de hipoteca se haga constar el destino del préstamo hipotecario y que tal destino coincida con uno de los contenidos en el artículo 4 de la LMH (en el caso debatido, de hecho, no se hacía constar en la escritura de hipoteca tal destino), siendo suficiente con que fácticamente se acredite el citado destino efectivo del préstamo hipotecario, cuestión que por ser de índole fáctica no es accesible a debatirse en casación.

Más aún, es fácil que el pacto de destino contenido en el cuerpo de la escritura de hipoteca se revelará completamente inútil en el caso de que, coincidiendo el mismo con lo previsto en el artículo 4 de la LMH, el destino real difiera de tal destino pactado. Si dicha diferencia entre los destinos real y pactado o formal implicase que el real, distinto del pactado, quedase incluido en el artículo 4 de la LMH, la hipoteca seguirá estando protegida por esta Ley especial frente a la retroacción de la quiebra del deudor prestatario.

El Tribunal Supremo es rotundo al apreciar que, aun cuando se estimase que en el caso controvertido el destino dado al préstamo hipotecario lo fuese el de financiar las actividades relacionadas con el almacén de abonos e insecticidas del quebrado, tal actividad no encaja, ni tan siquiera analógicamente, en las mencionadas en el artículo 4 de la LMH.

Concluyendo, con esta sentencia se abre una lógica vía interpretativa del artículo 4 de la LMH, puesto que no tenemos conocimiento de otras sentencias anteriores de nuestro Tribunal Supremo que se hayan pronunciado al respecto de dicho precepto. Vía interpretativa, como hemos apuntado ya, acogida en la «Jurisprudencia Menor», que se puede sintetizar en el sentido de que las obras y actividades enunciadas en el artículo 4 de la LMH, como destino de las hipotecas dotadas de la especial protección que dicha Ley les proporciona frente a la quiebra del deudor hipotecario, no son *numerus clausus*, pero que su apertura no puede ir más allá de aquellas actividades y obras que guarden, al menos, una analogía clara con las que se enumeran en dicho precepto y que atiendan a la finalidad de la propia Ley en sí. En fin, que sólo los préstamos hipotecarios destinados a obras y actividades relacionadas con inmuebles estarán bajo el amparo de la LMH.

En esta misma línea se encuentra, en la «Jurisprudencia Menor», la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 24 de septiembre de 1996 <sup>47</sup>, que confirmando la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 7 de diciembre de 1993 <sup>48</sup>, objeto del recurso de casación resuelto por la sentencia tratada en este comentario, entendió que el préstamo hipotecario, que había tenido por finalidad enjugar el pasivo de la entidad deudora, no se encontraba incluido en ninguna de las finalidades contempladas en el artículo 4 de la LMH, por lo que queda desprovista de la especial protección que dicha Ley proporciona a determinadas hipotecas. En idéntica línea se encuentra

---

<sup>46</sup> Vid nuestro trabajo «La especial...», ob. cit., pp. 417-418, donde referenciamos la Sentencia de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 1992 y la resolución DGRN de 12 de abril de 1991.

<sup>47</sup> Ponente: Ilmo. Sr. Sánchez Zamorano; *Act. Civil* 1996/1608.

<sup>48</sup> AC 1993/2522.



la Sentencia de la Sección 12.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de noviembre de 1996 <sup>49</sup>, cuando mantiene la misma tesis respecto de una hipoteca concedida para garantizar un pasivo anterior de la entidad deudora-quebrada, pasivo que se anota en la cuenta corriente que se abrió al constituirse la garantía hipotecaria <sup>50</sup>.

De toda la doctrina jurisprudencial que hemos venido refiriendo resulta que se da satisfacción al espíritu que subyace en la legislación especial del mercado hipotecario en relación con la retroacción. No se trata de privilegiar, sin justificación razonable como dice la Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, a una clase de acreedores (las entidades a que se refiere esa legislación especial) frente al resto de los acreedores –algo que resultaría palmario, por ejemplo, en el caso de un préstamo hipotecario para la renegociación de una deuda contraída en el período de retroacción–, sino que se trata de facilitar la canalización del dinero obtenido a través de los préstamos hipotecarios (que, lógicamente, dado su tratamiento más favorable serán concedidos con mayor facilidad y menor coste por las entidades prestamistas) hacia un determinado sector económico que se considera dotado de una especial relevancia para la economía en general <sup>51</sup>.

Se aprecia, a la vista de lo expuesto, que nuestra práctica jurisprudencial viene interpretando estrictamente el régimen especial protector de ciertas hipotecas afectadas por la retroacción de la quiebra del deudor hipotecante, frente al reiterado empuje de las entidades financieras en pos de lograr la protección integral de sus créditos frente a la quiebra de sus deudores.

Esta es, pues, a nuestro juicio, la situación a que conduce nuestra legislación vigente, situación ciertamente generadora de una importante inseguridad jurídica todavía en amplios sectores de la contratación con empresas en crisis –lo que provoca el aislamiento de las mismas y acelera su crisis total, ante el temor de que la contratación concertada con las mismas se vea afectada por la tan temida retroacción de su quiebra–, en vías de solucionarse si se confirma la reforma de nuestro Derecho concursal, a través de la supresión de la tan discutida, en cuanto a su oportunidad, retroacción de la quiebra.

<sup>49</sup> RGD, núm. 630, marzo 1997, pp. 3063-3065.

<sup>50</sup> Éste es uno de los supuestos en el que, además, para ALCOVER GARAU, G., *La retroacción...*, ob. cit., p. 94, concurre una situación fraudulenta en la constitución de la hipoteca: «... en principio sólo puede haber fraude de acreedores en caso de hipoteca constituida para garantizar una deuda preexistente, consistiendo en tal caso el fraude en anteponerse el acreedor que conoce la situación de insolvencia en la graduación en perjuicio de otros acreedores...». El otro supuesto es, lógicamente, el de la simulación de la deuda que se garantiza hipotecariamente. Añadimos, por nuestra parte, el posible incremento ficticio de la deuda garantizada hipotecariamente, que sólo existiese en parte.

<sup>51</sup> Compartimos la Sentencia de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 1997, que se pronuncia en este sentido. Apunta un dato más esta sentencia que, siendo de interés, no consideramos que claramente pueda estimarse que hubiese estado presente en la mente del legislador a la hora de regular el mercado hipotecario. Nos estamos refiriendo a la afirmación de esa mencionada sentencia del deseo de la legislación de potenciar que el dinero de los préstamos hipotecarios se invierta «... en la ejecución de obra o actividades de construcción o edificación, esto es, materialmente visibles, evaluables, de imposible ocultación, en definitiva, que no permiten una colocación del dinero en favor de un acreedor y perjuicio del resto, con lo que se respeta finalmente la *par conditio creditorum* en la masa pasiva de la quiebra». Reitera su Ponente, José Enrique MORA MATEO, los argumentos que acabamos de referir en su trabajo «Efectos de la retroacción...», ob. cit., p. 7099.

Para concluir, un ejemplo de lo expuesto lo tenemos en la Sentencia, ya referida, de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998. En ese caso se ve afectada por la nulidad de la retroacción la hipoteca, constituida en período de retroacción, para garantizar una deuda que ya tenía contraída la quebrada. En este caso, el Tribunal Supremo deja a un lado que hubiera existido o no *consilium fraudis* entre deudor y acreedor –no importa que la constitución de la hipoteca se haya efectuado de buena fe–, así como que no se había producido un detrimento patrimonial del deudor quebrado –que ciertamente no se había producido, porque la deuda era real y existente, sin que la hipoteca supusiese un incremento de la misma– y se centra exclusivamente, para fundar la nulidad, en que con tal constitución de hipoteca se había alterado el orden de prelación de los créditos, en beneficio del acreedor hipotecario y en ruptura del principio de *pars conditio creditorum*. Todo ello le conduce a estimar la nulidad de la precitada hipoteca y lleva, en la práctica, a que el mejor consejo que haya que dar a cualquier acreedor es no renegociar su crédito dotándole de garantía hipotecaria, sino ejecutarlo lo antes posible, pues si hace lo primero, tratando de beneficiar al deudor, puede encontrarse con que la retroacción de su quiebra le arrastre en un futuro, a veces difícilmente predecible, pues pueden pasar fácilmente varios años. Tal actuación es fácil que, lamentablemente, redunde en la quiebra del deudor, cuando el mismo, quizás, con una renegociación de sus deudas y consiguiente aplazamiento de su pago podría haber salido de la situación de crisis económica en la que se encontraba inmerso.

## ABREVIATURAS

A.	=	<i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i>
AC	=	<i>Aranzadi Civil</i>
Act. Civil	=	<i>Actualidad Civil</i>
AJA	=	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
AP	=	<i>Audiencias Provinciales</i>
BIMJ	=	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
cfr.	=	confróntese
CC	=	Código Civil
CCJC	=	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CCom	=	Código de Comercio
DGRN	=	Dirección General de los Registros y del Notariado
DN	=	<i>Derecho de los Negocios</i>
DS	=	<i>Derecho de Sociedades</i>
La Ley	=	<i>Revista Jurisprudencial Española LA LEY</i>
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Civil
LMH	=	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	=	Ley del Mercado de Valores
RCDI	=	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDBB	=	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDM	=	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDProc.	=	<i>Revista de Derecho Procesal</i>
RGD	=	<i>Revista General de Derecho</i>
RJC	=	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RMH	=	Reglamento del Mercado Hipotecario
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo
TA	=	<i>Tribunales de Asturias</i>
TJ	=	<i>Tribunales de Justicia</i>
Vid	=	Véase

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, Pilar CÁMARA ÁGUILA, Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉ-GUEZ OLIVA, Antonio GÁLVEZ CRIADO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Albert RUDA GONZÁLEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*.–III. *Derecho procesal*.

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Criterio sociológico en la interpretación de las normas jurídicas. Aplicación del artículo 3.1 CC.**–El artículo 3.1 CC establece que las normas jurídicas deben ser interpretadas teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», lo que, sin justificar el arbitrio judicial, contiene «una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquéllas» (STS de 10 de abril de 1995). En este sentido, «es, pues, la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad». (STS de 18 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.–Don José Luis L. M. y otros interpusieron demanda de tercería de mejor derecho contra *Alz, N. V., S. A., y Magefesa, Agrupación de empresas. Magefesa, Agrupación de Empresas* se allanó a la demanda, mientras que la mercantil *Alz, N. V., S. A.* contestó a la misma pidiendo su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando el mejor derecho de los actores a que con el producto de los bienes embargados se les haga el pago hasta una determinada cantidad con preferencia sobre *Alz N. V., S. A.*

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Bilbao desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En los Fundamentos de Derecho de la sentencia que nos ocupa se hace un especial hincapié en la aplicación del artículo 3.1 CC, redactado de conformidad con la reforma operada en el título preliminar del mismo Cuerpo legal en 1974, en cuanto se atiende al criterio sociológico en la interpretación de las normas jurídicas, consagrado por la jurisprudencia antes de la mencionada reforma (así, SSTS de 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970) y acogido igualmente con posterioridad a aquélla (SS de 13 de mayo de 1993 y 10 de abril de 1995).

En la presente sentencia se reitera la idea de que la interpretación sociológica supone un refuerzo o un control, nunca el arbitrio judicial, en la aplicación literal de las normas jurídicas conforme a la realidad social del mundo laboral. Así, en el proceso de ejecución forzosa iniciado se utiliza tanto para entender que el acto de conciliación celebrado ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación en que se reconocen créditos salariales es título suficiente para fundamentar la tercería de mejor derecho (reconociendo, por tanto, el carácter preferente de este crédito), como para reforzar la literalidad de la norma que establece la responsabilidad solidaria, frente a terceros, de todas las sociedades integrantes de una agrupación de empresas, argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Bilbao y compartidos en casación. Sin embargo, a continuación, el TS realiza una afirmación curiosa: «En ambos casos este criterio de interpretación no es fundamento del fallo, sino que se une al elemento interpretativo literal de las normas», lo que no debe ser entendido como que el elemento sociológico sea *obiter dictum*, pues la interpretación literal y sociológica que hace la sala de instancia y que es compartida por el Tribunal es lo que ha permitido averiguar el recto sentido de las normas que luego son aplicadas, siendo, en consecuencia, *ratio decidendi* del caso. En realidad, aquella afirmación hay que entenderla en el sentido de que el criterio sociológico no ha sido exclusivo y excluyente de la literalidad de la norma, lo que podría conllevar arbitrariedad en la decisión de la cuestión litigiosa. (A. G. C.)

**2. Fraude de ley.**—La Jurisprudencia del TS conjuga las teorías objetiva (defensa del cumplimiento de norma) y subjetiva (ánimo defraudatorio de engaño) que se forman para la calificación del fraude de ley. Diferentes preceptos son los que se acercan a esta figura, como el artículo 6.4 CC (de naturaleza cuasi-constitucional), artículo 11.2 LOPJI (que autoriza a Jueces y Tribunales a rechazar las peticiones que entrañen fraude de ley), o el artículo 8 LAR (nulidad de los actos realizados en fraude de ley), estableciendo la idea permanente de que los actos efectuados en fraude de ley no evitaran la aplicación de la norma eludida.

Se conceptúa el fraude de ley como «toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello». Los efectos sancionadores han de llegar hasta la total eficacia de la norma imperativa que se intenta eludir (SSTS de 14 de febrero

de 1986 y 12 de noviembre de 1988 y 26 de mayo del 1989). (STS de 3 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Los actores-recurrentes realizaron contrato de arrendamiento en documento privado sobre bien inmueble, pero posteriormente a la constitución en el mismo de hipoteca, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Tras la enajenación del bien inmueble entre los demandados Caja de Ahorros y los compradores (según el art. 131 LH), los recurrentes presentan demanda en 1.<sup>a</sup> Instancia solicitando se declare haber lugar al retracto arrendaticio por los mismos, así como la subrogación en la posición de los compradores y el resarcimiento de todos los gastos y precio pagado por los mismos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, que es recurrida a la Audiencia Provincial de Madrid, que igualmente vuelve a desestimar, enmarcando la conducta de los demandados en la mala fe. Se recurre en casación, basando el recurso en infracción en la interpretación del artículo 6.4, en relación al artículo 7.1 CC, no aplicando correctamente la tesis de la buena fe. Se desestima el recurso.

**NOTA.**—El fraude de ley es una figura elaborada exclusivamente por doctrina y jurisprudencia. Para la calificación de un negocio como fraude de ley, es necesario fundamentalmente la existencia, por un lado, de una ley que impida la eficacia del resultado negocial, y por otro, que la conducta de las partes se la califique de fraudulenta. Consistirá, según De Castro, en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el que se busca evitar las normas que regulan otro negocio; no se enfrenta con la ley que evita, sino que busca en otras leyes el camino para eludirla.

La relevancia del fraude será distinta según se busque un resultado ilícito, o se busque una eficacia diferente a la finalidad que se va a lograr con el negocio. En el primero de los casos, nos hallaremos ante un problema de causa ilícita, en la medida en que se intenta esquivar, con el empleo de una vía indirecta, la sanción que se establece para el resultado perseguido. Mientras que si se contraría «una regla ordenadora de la eficacia de los distintos negocios», no nos encontraremos ante causa ilícita, sino sumisión y aplicación de tales reglas que se intentan eludir, de la finalidad real del negocio (De Castro). (P. S. S.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Título nobiliario. Naturaleza.**—Es doctrinal jurisprudencial la naturaleza meramente honorífica de los títulos nobiliarios, sin que su posesión conlleve «*status* o condición estamental y privilegiada», ni ejercicio de función pública. Como prerrogativa de honor, como *nomen iuris*, su contenido jurídico se agota «en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a protegerlo frente a terceros, de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (STC 27/1982, FJ 2.º).

**Transmisión *mortis causa*.**—La ley fundamental en la sucesión de los títulos nobiliarios es la Real Carta de Concesión, puesto que desde su creación se hallan sujetas a un orden predeterminado, establecido por el creador de la merced o fundador del título. En la sucesión nobiliaria «el planteamiento sucesorio es distinto a las normas sucesorias del código civil».

**Constitucionalidad de los títulos nobiliarios y de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado.**—Al carecer los títulos de nobleza del carácter estamental y privilegiado que antaño los caracterizaba y admitida su naturaleza meramente honorífica, se declara la constitucionalidad de los mismos, no sólo en cuanto a su configuración sino también en cuanto a su contenido y régimen de transmisión *mortis causa*, puesto que «admitida la constitucionalidad de los títulos de nobleza por su naturaleza meramente honorífica... no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución haya de apartarse de las determinaciones de la Real Carta de Concesión» (FJ 16.º STC de 3 de julio de 1997). Es constitucional la sucesión regular de los títulos nobiliarios «y en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948 no es contraria al artículo 14 CE» (FJ 17.º STC de 3 de julio de 1997). (STS de 25 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El 26 de mayo de 1847, y por Real Despacho se creó el título de Conde de Fabraquer que fue concedido a don J. M y M., poseyéndolo a continuación y sucesivamente su hijo y nieto hasta que fue desposeído del mismo por sentencia de 3 de agosto de 1911. Por Real Decreto de 14 de marzo de 1918, se rehabilitó el citado título cambiando su denominación por el de Conde de Bulnes, a favor de don J. M y V. V. y D. de B, poseyéndolo sucesivamente su hijo don E. M. de V. y H. de T., y actualmente su nieto don J. M. V. S. de V., en virtud de Real Carta de sucesión obtenida el 3 de octubre de 1980 y solicitada el 30 de diciembre de 1978, tras el fallecimiento de su anterior poseedor. Doña C. M. V. S. de V., hermana del actual Conde de Bulnes, interpuso demanda contra el mismo, solicitando que por razones de primogenitura se declarara su mejor derecho a ostentar el título de Conde de Bulnes. Desestimada la demanda en primera instancia e interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la AP confirmó el pronunciamiento anterior. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—No es óbice para no hacer una lectura constitucional de los títulos nobiliarios el que los hechos controvertidos sean anteriores a la vigencia del texto constitucional, tal y como recogía la sentencia de primera instancia en su FJ 2.º, y confirmado por la de apelación en su FJ 2.º: «El carácter histórico de una institución, no puede excluir, por sí solo, su contraste con la CE. Pues si los principios y valores de ésta informan la totalidad de nuestro Ordenamiento, la consecuencia es que la Norma Fundamental imposibilita el mantenimiento de instituciones jurídicas que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales» (FJ 8.º STC de 3 de julio de 1997). (R. D. O.)

**4. Títulos nobiliarios. Preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado.**—Denunciada por la parte recurrente la infracción del artículo 5.1

LOPJ, por falta de aplicación en relación con el artículo 14 CE, y este último, por aplicación indebida, se entiende que no se produce una violación del principio de igualdad ante la ley porque en la sucesión de las dignidades nobiliarias se siga el principio histórico y tradicional de la preferencia del varón sobre la hembra, de acuerdo con lo fallado por el TC en sentencia de 3 de julio de 1997.

**Aplicación de la doctrina de la STC de 3 de julio de 1997.**—Por mandato de lo preceptuado en el artículo 5.1 LOPJ, la doctrina aplicable en materia de títulos nobiliarios, es la contenida en la STC anteriormente citada. Por lo que respecta a la regla contenida en la Partida 2.15.2 que recoge el principio de preferencia del varón sobre la mujer, declara el TC en el FJ 15.º que «la diferencia por razón de sexo que el mencionado precepto establece sólo posee hoy un valor meramente simbólico, dado que el fundamento de la diferenciación que incorpora ya no se halla vigente en nuestro ordenamiento», al consagrarse el carácter meramente simbólico de los títulos de nobleza. (STS de 11 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Doña Beatriz S. y P. M. V. demandó a sus dos hermanos don Joaquín S. y P. M. V. y don Carlos S. y P. M. V, solicitando entre otros pedimentos que se declarara la nulidad de la Carta de sucesión expedida a favor de don Joaquín S. y P. M. V., y de cualquier otra carta, cesión o sucesión que se hubiese producido en el Título de Vizconde de Torre Almiranta, así como de las desviaciones consecuentes de la Merced fuera de la estirpe genealógica, declarándose su mejor o preferente derecho genealógico por razones de primogenitura para llevar, usar y poseer el citado título frente a sus hermanos. Estimada íntegramente la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial confirma dicho pronunciamiento en la resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación de don Joaquín S. y P. M. V. Formulado recurso de casación, el TS casa y anula la sentencia recurrida.

NOTA.—De manera escueta y concisa viene el TS a resolver de nuevo un recurso de casación acerca de la vigencia de la regla contenida en la Partida 2.15.2, que consagra la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Y lo hace aplicando la doctrina contenida en la STC de 3 de julio de 1997, vinculante para todos los Jueces y Tribunales (art. 5.1 LOPJ), así como para todos los poderes públicos desde la fecha de su publicación en el BOE (art. 38.1 LOTC), esto es, desde el 18 de julio de 1997. Dicha sentencia viene a analizar la mayor parte de las cuestiones controvertidas que con relación a los títulos nobiliarios se plantean ante los Tribunales de Justicia: naturaleza jurídica; carácter constitucional de los títulos; régimen de transmisión, tanto *mortis causa* como *inter vivos*.

El análisis que del artículo 14 CE se hace con relación a la sucesión de los títulos nobiliarios, no se lleva a cabo mediante una lectura del principio de igualdad en él contenido como cláusula general, sino analizando si con ese trato diferenciador se produce o no un resultado discriminatorio. El TC llega a la conclusión negativa, ya que entiende que al ser los títulos de nobleza una institución meramente simbólica y carente del elemento social y estamental que históricamente los caracterizaba, su posesión no supone un dato diferenciador que produzca discriminación de la mujer con respecto al varón, «puesto que



las consecuencias inherentes a los mismos o su contenido se agotan en el derecho a usarlo, adquirirlo y a protegerlo frente a terceros de modo semejante a lo que sucede con el derecho al nombre» (FJ 12.º STC de 3 de julio de 1997).

Distinta es la conclusión mantenida en los dos votos particulares que a la sentencia que nos ocupa se formularon, al entender que si bien «los títulos nobiliarios son hoy un simple *nomen iuris* cuya trascendencia es escasamente significativa, los efectos jurídicos y sociales no son ni inexistentes ni irrelevantes como lo demuestra la importante litigiosidad judicial que suscitan. [...] aunque su relieve es limitado, se entiende que el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias prácticas. Los datos cuantitativos no pueden convertirse en canon para determinar la vulneración o no de una prohibición expresa de discriminación como la relativa al sexo». (R. D. O.)

**5. Títulos nobiliarios. Distribución.**—En virtud del artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912, aquel que sea «el poseedor de dos o más Grandezas de España o Títulos del Reino podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de Su Majestad, reservando el principal para inmediato sucesor. Esta facultad quedará subordinada a las limitaciones y reglas establecidas especialmente en las concesiones respecto al orden de suceder». El ejercicio de dicha facultad dispositiva no es libre por parte del poseedor, sino que está sujeto a una serie de prescripciones.

**Requisitos. Posesión civilísima.**—Es necesario que el distribuyente en el momento de realizar el acto de distribución, sea el poseedor legal, real y efectivo de los títulos objeto del mismo. La posesión civilísima de los títulos nobiliarios, proclamada por la Ley 45 de Toro y la Ley 1.ª, Título 24 del Libro 11 de la Novísima Recopilación, vigente en la materia que nos ocupa, otorga al prellamado en virtud del orden establecido en la Real Carta de Concesión, un mejor derecho a poseer el título frente al poseedor legal. Sin embargo, la posesión civilísima no puede por sí desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título..., hasta que aquella (la posesión civilísima) no sea declarada por resolución judicial firme dictada en el proceso correspondiente seguido contra el que legalmente lo viene ostentando (FJ 2.º STS de 28 de diciembre de 1993, recaída entre las mismas partes procesales y referida a la reclamación del título de Marqués de Montemayor). Así pues, la distribución que lleve a cabo aquel que ostente «tan solo una expectativa más o menos fundada, pero no la posesión requerida para tal acto carecerá de eficacia jurídica al no poder distribuir unos títulos que no se posean legal y efectivamente».

**Autorización regia.**—Como consecuencia del carácter vincular de los títulos de nobleza y la finalidad que se siguió con su otorgamiento, los que reciben un título nobiliario «tienen el derecho de uso y disfrute pero no son dueños sino poseedores del título de nobleza ya que carecen del *ius disponendi* tanto en las relaciones *inter vivos* como *mortis causa*..., y no están facultados para enajenar el título a un tercero, ni tampoco para cederlo o alterar el orden de sucesión sin que exista una previa autorización de la Corona» (FJ 14.º STC de 3 de julio de 1997). Dicha prohibición se encuentra contenida en la Real Cédula de Carlos IV, de 29 de abril de 1804, integrada como Ley 25, 1, 6 de la Novísima Recopilación, que dice: «He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes que se conceden en lo sucesivo, siempre que no manifiesto yo expresa-

mente en tales gracias o mercedes o posteriores reales órdenes ser otra mi voluntad...» (SS de 22 de noviembre de 1892, 17 de junio de 1896, 20 de junio de 1908, 28 de enero de 1928, 1 de diciembre de 1967, 26 de marzo de 1968, 30 de junio de 1978, 25 de febrero de 1983, y 25 de octubre de 1996).

**Nulidad de la declaración.**—La jurisprudencia viene exigiendo como requisito que el tercero que pretende su preferente derecho genealógico, ha de ejercitar, previa o simultáneamente, la acción de nulidad de la cesión o distribución del título litigioso. Dicho requisito no puede ser objeto de una interpretación rigorista, sino que atendiendo a una doctrina más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social, debe entenderse implícita en la petición de declaración de mejor derecho al título. (STS de 17 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El día 10 de junio de 1977, doña M.<sup>a</sup> P. Socorro O. M. y R., madre de las litigantes, promovió contra su primo don Fernando O. M. y L., Conde de Monteagudo de Mendoza, juicio de mayor cuantía postulando su mejor derecho sobre el expresado título. En la misma fecha, otorgó testamento abierto en el que procedió a distribuir entre sus hijos los títulos de nobleza de los cuales era titular, distribución en la que incluyó los que reclamaba a su primo. Por S de 6 de julio de 1978 se declaró en primera instancia el mejor derecho de doña M.<sup>a</sup> P. Socorro frente a su primo, pronunciamiento confirmado por SAP de 21 de abril de 1980. Interpuesto recurso de casación por el heredero de don Fernando, el TS por S de 5 de noviembre de 1982 declaró no haber lugar al mismo. Con anterioridad a dicha sentencia, con fecha de 15 de mayo de 1980, modificó doña M.<sup>a</sup> P. Socorro el testamento anterior, y en la distribución otorgó a su hija doña Blanca B. O. de M., demandada en la *litis* que nos ocupa, entre otros, el título del Condado de Monteagudo. Doña M.<sup>a</sup> Dolores B. O. de M. demandó a su hermana doña Blanca, solicitando que se declarase su mejor derecho genealógico para usar, disfrutar y poseer el título de Conde de Monteagudo, atendiendo al principio de primogenitura. Desestimada la demanda en primera instancia, la Audiencia confirmó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el TS estima el recurso y casa la sentencia recurrida.

NOTA.—Reitera el TS su doctrina acerca de los requisitos necesarios para que sea válida una distribución de títulos nobiliarios por sus poseedores, tanto acerca de la necesidad de que el distribuyente sea el poseedor real, efectivo y legal del mismo, no siendo suficiente la posesión civilísima y menos aún la expectativa más o menos fundada con respecto al mismo, como en lo relativo a la necesidad de la autorización regia del acto de autorización. Con respecto a dicha autorización, llama la atención como el TS acerca de este requisito, si bien había exigido su carácter expreso (SSTS de 7 de julio de 1986, 27 de julio de 1987, 13 de junio y 25 de octubre de 1996), no así su carácter previo o simultáneo al acto de distribución, «sino que en cualquier momento» podía ser cumplido (STS de 5 de mayo de 1993). La reciente STC de 3 de julio de 1997, establece en su FJ 14.º la indisponibilidad de los títulos nobiliarios por sus poseedores en orden a una distribución o cesión, al carecer de *ius disponendi*, «sin que exista —dice expresamente— una previa autorización».

**6. Derecho al honor y libertades de información y expresión. Distinción entre ambas. Cartas al Director.**—El enjuiciamiento de los casos en los que un medio de comunicación da publicidad a cartas anónimas (*Cartas al Director*), cuyo contenido pudiera constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor de un tercero, debe hacerse, respecto a ese medio de comunicación y respecto a su Director, desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de información, lo que se concreta en un «deber de diligencia del Director del periódico de llevar a cabo la comprobación de la identidad de la persona que figura como autora de la carta, antes de autorizar su publicación, pues se permite así que el autor asuma su responsabilidad». Por lo que respecta al autor de la carta, el enjuiciamiento debe llevarse a cabo desde la libertad de información o expresión, dependiendo de que lo vertido en ella hayan sido hechos o juicios de valor u opiniones.

Si el Director del periódico incumplió el deber de diligencia que le era exigible, es responsable de los daños ocasionados si lo vertido en el mismo constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor de las personas referidas en la carta anónima. (STS de 13 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia del contenido de una carta anónima aparecida en la sección *Cartas al Director* del periódico *El País*, relativa al conflicto existente entre los yudokas españoles que acudieron a los JJ. OO. de Los Ángeles y el Presidente de la Federación Española de Judo, así como entre ésta y el CSD, el Presidente de la Federación interpuso demanda sobre protección civil de los derechos fundamentales contra don José Luis Cebrián, Director del Periódico, y su editor, *Promotora de Informaciones, S. A.* Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante y condenó a los demandados al pago de 10 millones de pesetas, más los intereses legales correspondientes, como indemnización de daños y perjuicios.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS estimó el recurso, anuló la sentencia de apelación y confirmó la de Primera Instancia.

Los demandados interpusieron recurso de amparo ante el TC y éste otorgó el amparo solicitado, declarando que la resolución impugnada lesionaba los derechos de los recurrentes a la libertad de información y el derecho a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, y en consecuencia, anuló dicha resolución. El TS dictó segunda sentencia de conformidad con este último fallo.

NOTA.—En la sentencia que anotamos se plantea un problema de distribución de responsabilidad entre el autor de una carta anónima y el medio de comunicación que da publicidad a la misma, en este caso, la sección *Cartas al Director* del periódico *El País*, cuando el contenido de esta carta puede vulnerar el honor de la persona en ella referida, en esta ocasión, el Presidente de la Federación Española de Judo.

El TS entiende, siguiendo la doctrina consagrada en la STC 336/1993, que cuando el Director de un periódico autoriza la publicación de una *carta al Director* «este último no sólo posibilita el ejercicio de la libertad de expresión del autor de este escrito sino que ejerce,

a la vez, su derecho a comunicar esa opinión que es ajena al medio». La diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad del autor de la carta, pues de esta forma se permite que éste asuma su responsabilidad si vulnerase el derecho al honor de alguna persona.

Cuando el Director incumple aquel deber de diligencia es responsable del contenido mismo de la carta; contenido que debe analizarse desde la libertad de información si lo vertido en ella fueron hechos, o desde la libertad de expresión si fueron opiniones, críticas o juicios de valor (SSTC 159/86 y 3/1997). En esto último discrepan en este caso el TS (en la primera de las dos sentencias que dictó) y el TC (en sentencia 3/1997). Para el primero, se trata de informaciones, por lo que, demostrada su falta de veracidad, conllevan intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Para el segundo, cuyo criterio prevalece, el contenido de la carta ha de analizarse desde la libertad de expresión, como crítica, censura o denuncia del comportamiento de una persona (el Presidente de la Federación de Judo) que ejerce un cargo público, en relación a asuntos de interés general, apoyándose dicho juicio desfavorable en hechos hipotéticos, pero sin afirmar, a juicio de dicho Tribunal, la existencia de una malversación de caudales públicos a cargo del demandante. Conforme a esta argumentación se concede el amparo solicitado y se remiten los Autos al TS para que éste dicte una segunda sentencia de conformidad con lo decidido en el recurso de amparo. (A. G. C.)

**7. Derecho al honor.**—El conflicto entre los artículos 20.1-A y 1-D, frente al artículo 18.1 CE sigue siendo fruto de polémica. En referencia a la competencia jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal en supuestos en los que el demandado sea una Corporación local, afirmar que la materia no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la civil, en la medida en que se demanda a persona concreta como representante de dicha Corporación, cuyas expresiones dan lugar a pretensión del amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional.

Para merecer el amparo que concede el artículo 7.7 de la anterior Ley, es necesario que las expresiones constituyan un ataque al honor, diferenciando éste de las expresiones que se basen en el «fin de una vieja polémica» sin entidad suficiente para constituirse en ataque al honor, resarcible por el artículo 9.3 de la misma Ley. (STS de 24 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Debido a diferencias existentes entre la sociedad mercantil *Canide, S. A.*, y su Consejero-Delegado, y el Ayuntamiento recurrente y su Alcalde, en pleno extraordinario se acuerda declarar persona *non grata* a los recurridos. Tras esto, se presenta demanda en Primera Instancia contra el Alcalde y el Ayuntamiento por vulneración del derecho al honor del Consejero, y al prestigio de la entidad, debido a la divulgación de expresiones y hechos concernientes difamatorios, solicitando la rectificación, así como la indemnización de los daños morales causados. Se admite la demanda, y tras la contestación de los demandados se dicta sentencia estimando la demanda, y estableciendo la cantidad equivalente a los daños morales efectuados.

Es recurrida la sentencia en apelación, estimándola en parte puesto que establece la existencia de vulneración del derecho fundamental al honor, sin posibilitar resarcimiento por daños morales. Se presenta recurso de casación basado en infracción del artículo 20.1-A y 1-D CE. Se estima el recurso planteado y se casa la sentencia.

NOTA.—La colisión entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de información y libertad de expresión es común en nuestro ordenamiento. El TC ha señalado en repetidas ocasiones que en esta confrontación primará la libertad de información («goza de una posición preferente», STC 197/1991); sin embargo, para ello es necesario por un lado que los hechos posean relevancia pública, y por otro que esta información se base en la veracidad de los hechos. Pero esto siempre y cuando los hechos relatados tengan la relevancia jurídica de intromisiones. El TS varía su posición en la medida en que no analiza la veracidad de los hechos que son imputados, hechos que tendrán cierta relevancia, puesto que de los mismos se derivará la declaración de persona *non grata*. (P. S. S.)

**8. Derecho al honor y libertad de información. Colisión entre ambos.**—En los casos de colisión entre el derecho al honor y el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión», ambos de rango constitucional [arts. 8 y 20.1, letra d), respectivamente, CE], la jurisprudencia del TS viene entendiendo, siguiendo las directrices sentadas por el TC, que «la libertad de información aun no teniendo un carácter absoluto que la haga prevalecer siempre sobre el derecho al honor sí que ocupa una posición prevalente, que no jerárquica, sobre éste en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado de corte democrático, contribuyendo así a la formación de la opinión pública» (SSTC 171 y 172/90, 40/92 y 85/92).

En este sentido, corresponde al órgano jurisdiccional una labor de ponderación de estos derechos constitucionales en conflicto, teniendo en cuenta que la incidencia de una información sobre un derecho fundamental como es el derecho al honor sólo queda justificada cuando se cumplan dos requisitos: a) que se trate de una información veraz, lo que exige un deber previo y suficientemente diligente de comprobación y contraste de la noticia con datos objetivos y fiables, y b) que se trate de asuntos de interés general o de relevancia pública, atendiendo para ello a la materia de la información o al carácter público de la persona objeto de la misma, pues sólo «la información que conjugue ambas exigencias contribuye realmente a la satisfacción de la función institucional propia de dicha libertad, y el ejercicio del derecho a comunicar libremente información». Por último, no puede omitirse como elemento que sirve para enjuiciar las expresiones, calificativos o epítetos que acompañan a la información y que van dirigidos a una persona concreta el propio contexto en el cual aquélla se desenvuelve, como es el ambiente desenfadado y pasional de la crítica deportiva, lo que hace que, aunque las expresiones no sean conformes a las buenas reglas de la educación y cortesía social, no suponen atentado al derecho al honor. (STS de 25 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El presidente de la Federación Territorial de Fútbol de Las Palmas interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor, tramitada conforme al procedimiento especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona,

contra la entidad mercantil *Informaciones Canarias, S. A.*, editora del periódico *Canarias 7*, y contra su Director, como consecuencia de la publicación de diversos artículos o crónicas en el contexto de una crítica deportiva y federativa contra el demandante. Contestada la demanda, el Juez de Primera Instancia de Las Palmas desestimó la demanda e impuso las costas del proceso a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó también en parte la sentencia anterior en el sentido de declarar no producida intromisión ilegítima en el honor del demandante, sin hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS vuelve a reiterar la doctrina constitucional que afirma la necesidad de acudir a la técnica de la ponderación (*balancing*, en la doctrina americana) para resolver la colisión entre dos derechos fundamentales no absolutos como son la libertad de información y el derecho al honor. También se reitera el carácter prevalente, aunque no jerárquico, de la libertad de información sobre el derecho al honor debido a su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático, siempre y cuando la información sea veraz y relativa a asuntos de interés general (*vid.* SSTC 107/1988, 171/1990, 214/1991, 40/1992 y 85/1992, entre otras).

Sin embargo, a pesar de estas afirmaciones acerca de la necesidad de acudir al método de la ponderación, la presente sentencia, desde el momento que afirma la posición prevalente de la libertad de información, se ve en la necesidad, igual que la doctrina constitucional, de realizar una operación previa a la ponderación consistente en delimitar un «núcleo preferente e inabitable de la libertad de información», de forma que si esta libertad se ha ejercitado dentro de los límites en que puede lícitamente sobreponerse a otros derechos con los que entra en colisión (el núcleo preferente), no habrá lugar a la aplicación de *balancing* sino a la estricta protección del ámbito constitucionalmente reconocido a esta libertad (*vid.* Muñoz Machado, *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988). Este «núcleo preferente» estaría constituido por dos parámetros básicamente: que la información sea esencialmente veraz y que sea relativa a asuntos de interés general o relevancia pública, a lo que habría que añadir un tercer elemento: la ausencia de expresiones o calificativos vejatorios o insultantes innecesarias para la información y que nada aportan a la formación de la opinión pública libre (*vid.* STS de 29 de diciembre de 1995). En la sentencia que anotamos, las expresiones vertidas, atendidos su tenor literal y el contexto crítico en el cual se producen, no van más allá del mal gusto y de la falta a la cortesía social. (A. G. C.)

**9. Derecho al honor.**—La veracidad de las informaciones vertidas es elemento trascendente para dilucidar la prevalencia o no del derecho a la libertad de información frente al derecho al honor. Y ello es relevante en la medida en que se analice las afirmaciones realizadas en reportajes de medios de prensa. Las prue-

bas presentadas habrán de ser suficientes para prestar credibilidad al reportaje, «dentro de lo que es exigible a la investigación periodística».

En cuanto a tales afirmaciones, para que sean consideradas como ataques al honor deberán ser merecedoras de la consideración personal debida, en el sentido de que la intención y finalidad de los autores sea la de difamar y no informar, puesto que «la protección jurisdiccional del derecho al honor ha de dispensarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto».

**Prestigio profesional.**—El TC ha establecido (STC de 24 diciembre de 1992) que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor, y por tanto, un ataque al prestigio profesional será constitutivo de una lesión al derecho al honor. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se publica en la revista *Tribuna* un artículo periodístico en el que se hacían referencia a las gestiones de los demandantes con referencia a la adquisición de una empresa, aludiendo a los mismos como *los Albertos*. Se presenta demanda en Primera Instancia por los demandantes por intromisión ilegítima del derecho al honor, solicitando su resarcimiento por graves daños laborales, así como la rectificación con la publicación de la sentencia e imposición de costas. Tras la contestación a la demanda por parte de los demandados, se dicta sentencia desestimatoria, absolviendo a los demandados.

Se presenta recurso de apelación, desestimando de nuevo la Audiencia Provincial de Madrid el mismo. Los recurrentes presentan recurso de casación basado en la colisión de dos derechos fundamentales, artículo 18 y artículo 20 CE, así como la infracción del artículo 7.7 de la LO 1/82, de 5 de mayo. El TS desestima el recurso.

NOTA.—Las libertades de expresión e información como piezas clave en la formación de la opinión pública, hace que se las considere en posición preferencial frente al derecho al honor en supuestos colisionantes. La STC de 17 de julio de 1986 afirma que en el artículo 20 CE no sólo hay derechos fundamentales, sino que contiene «la garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre», lo que no se da en el derecho al honor, por lo 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».

En cuanto a las expresiones utilizadas, existen términos que rebasan el límite de la libertad de expresión. Para calibrar dichas expresiones, como infracciones del derecho al honor, se habrá de estar al contexto, «al conjunto de la opinión vertida en el artículo periodístico» (Sarmiento Acosta), dilucidando así la finalidad con la que se utiliza dicha expresión. (P. S. S.)

**10. Derecho a la intimidad.**—La intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad dan lugar a confusión entre ambos. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que recaen sobre aspectos inherentes a la persona, constituyéndose, no como un único derecho con distintos aspectos, sino como diferentes derechos. Entre ellos se hallan los de honor, intimidad e imagen como tres derechos con ámbitos bien diferenciados. La complicada separación

entre los derechos a la imagen y a la intimidad no siempre se logra, incluso por los Tribunales, que los desarrollan confundiendo en un único derecho. El derecho a la intimidad quedará concretado en el texto del reportaje, mientras que el derecho a la imagen se referirá a las fotografías publicadas.

**Libertad de información.**—Es exigible el requisito de veracidad, sin incluir en estas las expresiones insultantes o vejatorias. Mientras que en el derecho a la intimidad, no llega a ser trascendente el requisito de la veracidad. Para la resolución en la colisión entre ambos derechos, es necesaria delimitar caso por caso, realizando en juicio de ponderación teniendo presente «la posición relevante, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad... ostenta el derecho a la libre información».

**Personalidad pública.**—Es trascendente para la realización de dicho juicio de ponderación. La persona que participa de la vida pública no pierde su derecho a la intimidad, «pero sí le disminuye extraordinariamente, ya que el ciudadano tiene derecho a conocer detalles de su círculo íntimo», aunque no se haya introducido en esta vida pública por tales hechos íntimos; sin embargo, la persona de proyección pública no tiene escisiones en su personalidad, «en el sentido de que para un ámbito es público y para otro es privado». (STS de 1 de diciembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La publicación en una revista de unas fotografías de los demandantes en una playa, por ser personas de proyección pública, sin consentimiento de ambos (puesto que las fotografías fueron realizadas por un amigo que entregó la cámara al demandante, el que posteriormente procedió a su revelado), da lugar a la presentación de demanda en Primera Instancia por infracción del derecho a la intimidad e imagen. Tras la contestación a la demanda, el Juez dicta sentencia, sin considerar aplicable la exclusión del artículo 8.2 de la Ley 1/82, por la que se condena a los demandados a pagar la indemnización por daños morales, así como publicar la sentencia.

Se recurre en apelación, desestimando de nuevo lo solicitado. Y así, se recurre en casación por violación de los artículos 20 CE, 2, 8.2 y 9.3 de la LO 1/82, de 5 de mayo. El TS estima el recurso de casación, haciendo prevalecer la libertad de información.

**NOTA.**—La condición pública o privada de la persona objeto de la infracción es influyente para resolver la colisión entre el derecho de información y los de intimidad e imagen. Es distinto si nos hallamos ante una persona que no posea la condición pública, ya que la libertad de información y los derechos a la intimidad y el de la propia imagen se hallarán en plano de igualdad. Sin embargo, cuando nos encontramos ante una persona pública, el derecho a la información prevalece.

Ello no es motivo suficiente para defender la inexistencia de derecho a la intimidad de los personajes públicos. La intromisión en el ámbito de sus derechos fundamentales necesitará consentimiento para hacer desaparecer la calificación de ilegítima; ya que, en otro caso, tal como establece el artículo 7.5.º, se considerará intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía... de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos». La excepción se halla en el artículo 8.2 (captación de imagen de persona pública que se encuentre en lugar abierto al público). La



sustracción de las fotografías, así como la inexistencia de consentimiento para su publicación, son notas relevantes en la realización del juicio de ponderación entre el derecho a la información y el de la intimidad. La figura pública, tal y como establecen diversas sentencias (STS de 31 de diciembre de 1996), se caracteriza por estar delimitado su derecho a la intimidad, aunque si bien es cierto, con la finalidad de crear «una garantía institucional de una opinión pública y libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado social y democrático de derecho». En este caso, es difícil pensar que la proyección pública del afectado, aun siendo en ámbitos que quedan al margen de su vida privada, exima de responsabilidad las intromisiones ilegítimas, puesto que éstas no tendrán por finalidad la formación de opinión pública.

Por otro lado, estos derechos son autónomos e independientes: el derecho a la intimidad constituye una esfera reservada de la persona, protegida por las intromisiones ajenas; el derecho a la imagen consiste en decidir la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (Díez-Picazo). (P. S. S.)

**11. Ejercicio de la tutela judicial efectiva y derecho al honor. Interposición de querrela criminal que es sobreseída provisionalmente.**—El ejercicio ante los Tribunales de la tutela judicial efectiva para la defensa de los derechos e intereses legítimos, en este caso concretada mediante la interposición de una querrela criminal, no puede considerarse como una injerencia o intromisión ilegítima en el derecho al honor de la persona contra la que aquélla se dirige, máxime cuando, conforme al artículo 101 LECr, «la acción penal es pública y todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley y con independencia de que se sobreseyera provisionalmente». (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El Vicepresidente de la Asociación de Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Sevilla interpuso demanda sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona contra esta Asociación, una vez que fue sobreseída provisionalmente la querrela criminal que ésta interpuso contra aquél por los delitos de estafa, apropiación indebida, imprudencia temeraria y falsedad. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas causadas al demandante.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso y confirmó la resolución de primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

**NOTA.**—La cuestión principal en este caso consiste en determinar si la interposición de una querrela criminal contra una persona, que posteriormente es sobreseída, constituye o no uno de los supuestos de intromisión ilegítima en el derecho al honor establecidos en la Ley 1/1982, de 5 de mayo. Las relaciones entre la interposición de querrela criminal y el derecho al honor no suelen plantearse en estos términos, pues lo habitual es que la demanda de responsabilidad civil no se dirija contra el querellante sino contra el informador (normalmente un medio periodístico) que hace pública aquella interposición. Sólo conocemos un caso parecido al que aquí se plantea, aunque con importantes diferencias como veremos; es el que dio lugar a

la STS de 14 de julio de 1989, en el que aunque también se dio publicidad a los hechos a través de los medios de comunicación, la demanda (planteada al amparo del art. 1902 CC y no de la Ley 1/1982) se interpuso contra los firmantes (actores y vencedores en el proceso contencioso-administrativo que mantuvieron previamente con el ahora demandante y recurrente en casación) de una querrela criminal que también fue sobreesida. En este caso, el fundamento del fallo fue la falta de cumplimiento del requisito de «acción y omisión culposa», que exige el artículo 1902 CC, pues no puede ser calificado como tal la interposición de una querrela criminal, lo que es lo mismo, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva no actúa como causa de justificación de un hecho antijurídico, sino que impide el nacimiento del propio hecho ilícito.

En realidad, las consideraciones anteriores son trasladables a la sentencia que anotamos en la medida en que el ejercicio del derecho a la tutela judicial impide el nacimiento de un hecho contrario a Derecho (la intromisión ilegítima al derecho al honor). Ahora bien, ello sólo es así en tanto se actúe dentro del ejercicio de ese derecho, no cuando se exceden sus límites, lo que deberá resolverse en atención a las circunstancias concretas concurrentes en cada caso, pues «que los ciudadanos impetren la tutela jurisdiccional, con abuso de derecho o fraude procesal, puede ser acto generador de responsabilidades». (A. G. C.)

**12. Capacidad de obrar. Principio favorable a su presunción.**—El libre desarrollo de la personalidad, consagrado como principio general en el artículo 10 CE, en el ámbito jurídico privado se manifiesta en el principio general favorable a la capacidad, mientras no se demuestre lo contrario. «En cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad».

**Prueba de la capacidad. Cuestión de hecho.**—En la alegación por la parte recurrente de ciertos hechos de cara a desvirtuar la presunción de capacidad de obrar, es imprescindible la prueba de los mismos. Así, pues, probado el hecho de la edad de la cesionaria y de los achaques biológicos que determinaron su posterior fallecimiento, es necesario probar si tales achaques afectaron a la capacidad intelectual y volitiva, hasta el punto de anularla o reducirla de modo grave. Expresiones tales como «pudiera haber existido una alteración de su capacidad psíquica, sin poder precisar el grado de la misma» o «que la capacidad de comprender y consentir de doña Pilar podría estar adversamente afectada, en la fecha del otorgamiento del negocio jurídico que nos ocupa», contenidas en los informes periciales, son insuficientes tanto por su formulación condicional como «por carecer de fuerza suficiente para destruir la enérgica presunción de capacidad que le otorga la fe notarial». (STS de 10 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.<sup>a</sup> Pilar G. T., de 79 años de edad, ingresó el día 1 de septiembre de 1988 en un centro hospitalario debido a su crítico estado de salud, necesitando medicación así como suministro de oxígeno. El día 5 del mismo mes otorgó escritura pública mediante la cual cedía los bienes que en ella se describían al matrimonio formado por doña Pilar M. A. y don José L. A., a cambio de auxilio y alimentos. Tras el fallecimiento de doña Pilar el día 12 del citado mes y año, don Jesús M. A. G. M., en interés de la comunidad hereditaria de la causante y demás herederos, demandó a los cónyuges cesionarios, solicitando

la nulidad de la escritura otorgada el día 5 de septiembre de 1988. Estimada la demanda en Primera Instancia, la Audiencia Provincial revocó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por don Jesús M. A. G. M., el TS declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—En la sentencia anotada el TS reitera su jurisprudencia acerca de la presunción de capacidad de obrar de los sujetos. Las limitaciones a la misma han de entenderse de manera restrictiva (en igual sentido, art. 2 párr. 2.º Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), porque está en juego el desarrollo de la personalidad de los sujetos y la propia seguridad del tráfico jurídico. Por ello, mientras que no exista sentencia de incapacitación (art. 200 CC), no puede limitarse la capacidad jurídica de obrar de los sujetos. (*R. D. O.*)

**13. Prodigalidad. Aplicación del Derecho Transitorio de la Ley 13/1983, de 24 de octubre.**—Al establecer la DT 2.ª de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela que: «las tutelas de los pródigos actualmente constituidas se regirán en lo sucesivo por lo establecido en esta ley para la curatela», operada la adaptación, la intervención del curador se referirá «a aquellos actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos» (art. 288 CC), los cuales serán aquellos que haya determinado la sentencia (art. 298 CC). El declarado pródigo no es un incapacitado total..., sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad («asistencia», «intervención», «consentimiento», según terminología del Código) (FJ 2.º).

**Donación sin asistencia del curador. Anulabilidad. Nuevo régimen aplicable.**—El nuevo artículo 293 CC viene a declarar la anulabilidad de los negocios llevados a cabo por el pródigo sin la asistencia del curador, puesto que los mismos no son inexistentes en el sentido del artículo 1261 CC, ni nulos en el del artículo 6.3. En estos supuestos no está en juego la defensa de un interés público, que exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a los mismos, sino el interés privado de los particulares, por lo que resulta más adecuada una ineficacia disponible, relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad.

**Donación a favor del curador. Nulidad del negocio.**—Distinto es el supuesto de disposiciones a título gratuito a favor del curador, ya que sobre él recae una prohibición expresa recogida en sede de tutela en el artículo 221, y aplicable a los curadores en virtud del artículo 291 CC. Al encontramos ante un acto contrario a una norma prohibitiva la sanción que el Código establece para el mismo es la nulidad de pleno derecho («salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», art. 6.3 CC). (**STS de 9 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco J. P. P., fue declarado pródigo por STS de 17 de junio de 1978, en virtud de la cual se le incapacitaba para realizar actos de administración, así como para disponer de bienes, sin autorización previa del Consejo de Familia. Por Auto de 17 de abril de 1984 se procedió a la adaptación de la declaración de prodigalidad al nuevo régimen instaurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil, y se procedió a nombrar curadora a su hija doña M. Asunción J. M. Por escritura pública de 24 de junio de 1988 procedió don Francisco a la donación de cuatro fincas a sus hijos doña M. Asunción, don Ignacio y doña M.ª Pilar J. P. Removida la anterior

curadora de su cargo, por Auto de 27 de septiembre de 1990, se procedió a la designación de don Miguel Ángel y doña M.<sup>a</sup> Dolores J. M. como nuevos curadores, los cuales formularon demanda contra su padre y demás hermanos, pidiendo, entre otros pedimentos, la nulidad de las mencionada donaciones. La sentencia de Primera Instancia estimó sólo la petición de nulidad con respecto a la donación efectuada a favor de doña M.<sup>a</sup> Anunciación. Interpuesto recurso de apelación, resolvió la AP a favor de la revocación de la sentencia recurrida y procedió a declarar la nulidad de la totalidad de la escritura de donación. La representación de don Francisco J. P., donante, y doña M.<sup>a</sup> Pilar J. M., donataria, interpuso recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa, aunque confirma el fallo de la Audiencia, no comparte la argumentación que le conduce al mismo. Si bien dicha sentencia declaraba la nulidad de la escritura pública que contenía las donaciones efectuadas a favor de la curadora y sus dos hermanos, dicha nulidad no puede entenderse que derive de una asimilación al supuesto contenido en el artículo 166 CC, referido a los poderes dispositivos de los titulares de la patria potestad con respecto a los bienes de sus hijos. Aunque el espíritu que está presente en ambos supuestos sea similar (la ineficacia de aquellos negocios contrarios al interés público; la disponibilidad, relativa y tuitiva, cuando esté en juego el interés de los particulares), el régimen aplicable a los supuestos de curatela por prodigalidad es el contenido en el artículo 293 CC, la anulabilidad.

Por lo que respecta a la donación efectuada a favor de la curadora no es obstáculo para la aplicación del artículo 221.1, por remisión del artículo 291, ambos del CC, que no exista en el régimen de curatela obligación expresa de rendir cuentas de su gestión, como la contenida en el artículo 279 CC, para los tutores, y en el artículo 302, para los defensores judiciales, no porque la misma no concurra (opiniones enfrentadas a este respecto son las mantenidas por Badosa Coll en *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, que entiende que «el trámite judicial de aprobación judicial de la gestión del art. 221.1 se refiere a todos los que desempeñen algún cargo tutelar»; y por Hualde Sánchez en *Comentarios del Código Civil*, del Ministerio de Justicia, para quien la prohibición desaparecerá para el curador «cuando cese en el cargo, puesto que resultaría exagerado deducir que existe igualmente en curatela la obligación de rendir cuentas de la gestión»), sino porque la donación se realizó cuando aún no había sido removida de su cargo.

Contrasta la afirmación contenida en el FJ 2.º de la sentencia anotada con la reiterada jurisprudencia de la misma Sala sobre el cambio que con la reforma de 1983 se produjo en el supuesto de hecho de la prodigalidad (SSTS 17 de junio de 1988 y 17 de diciembre de 1996). Al dejar de ser una institución en función de los herederos forzosos del afectado (art. 222 CC de 1889), y proyectarse únicamente en la defensa de los que reciban o estén en situación de recibir alimentos del pródigo, operada la adaptación en virtud de la DT 2.ª de la Ley 13/1983, no podemos entender que la declaración de prodigalidad sea una cuestión sin «ninguna trascendencia respecto a la validez de un negocio de disposición de inmuebles a título gratuito», porque ello supone olvidar que las nor-

mas han de interpretarse, no sólo según el sentido propio de sus palabras, sino también a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas «atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquéllas» (art. 3.1 CC). Así pues, en aquellos supuestos en los que ya no sea necesario proteger el derecho de alimentos, al desaparecer la situación fáctica que llevó a la declaración de prodigalidad (bien por extinción de dicho derecho, bien porque el comportamiento económico del sujeto no lo ponga en peligro), no tiene razón de ser la declaración de prodigalidad, siendo necesario una revisión de la misma. (R. D. O.)

**14. Personalidad jurídica de asociación.**—La personalidad jurídica de las asociaciones religiosas, su capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones, interviniendo en el tráfico jurídico, no dependen en todo caso de la inscripción administrativa. El efecto de la no inscripción claramente lo establece el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 1979, en su DT 1: «Las asociaciones y otras entidades o fundaciones religiosas que tienen reconocida por el Estado la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado... Sólo podrá justificarse su personalidad mediante certificación de tal Registro». Por tanto, ante la carencia de inscripción, como conducta administrativa irregular, no se llega a privar de la personalidad jurídica a la asociación, sino que no poseerá medio de justificación de dicha personalidad. Es decir, dicha justificación es necesaria a los efectos de otorgar eficacia a los actos y contratos realizados por dicha asociación frente a terceros. Los contratos realizados son válidos y eficaces *inter partes*, asumiendo su responsabilidad civil, independientemente de la existencia o no de inscripción.

**Actos llevados a cabo por asociación.**—Para la realización de actos (tales como enajenación, adquisiciones, donaciones cesiones de uso...), se han de examinar los Estatutos de la misma con el fin de concretar las funciones pertinentes de los órganos de gobierno, así como el funcionamiento e impugnaciones de las Asambleas. Mas en el caso en el que los Estatutos no prevengan cualquier situación de interés, es de aplicación supletoria, según el Derecho del régimen canónico de las asociaciones, la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 («son las propias normas de Derecho Canónico las que se remiten, en ocasiones, a la legislación estatal»). Se aplicará, por tanto, el plazo de cuarenta días para la impugnación de acuerdos, y transcurrido el mismo, se determina la pérdida del derecho de impugnación. (STS de 6 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La recurrida Hermandad de Nuestra Señora de Monrola, propietaria del Monasterio objeto del litigio, acuerda realizar una cesión de uso del mismo para mejor conservación, a la *Fraternidad Monástica de San Benito*, todo ello con el beneplácito del Sr. Obispo de la Diócesis. Así, siguiendo el artículo 38 de sus Estatutos que le conceden poderes extraordinarios, la Junta Rectora convoca Junta General Ordinaria con sentido informativo con respecto a la mencionada cesión de uso.

Se formula demanda en Primera Instancia por parte del actor contra la Hermandad de Nuestra Señora de Monrola, solicitando la nulidad de los acuerdos adoptados por la misma ante la carencia de personalidad jurídica, contestando la demandada mediante excepción de falta de legitimación pasiva. Se desestima la demanda y se recurre ante la Audiencia Provincial de Zaragoza que revoca la sentencia, declarando la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles. El actor recurre en

casación contra la citada Hermandad, alegando infracción del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, así como los cánones del Código Canónico 310, 304, 325 y 1281. La Sala Primera del TS decide estimar el recurso de casación anulando la sentencia impugnada por ser competentes los Tribunales españoles y, entrando a conocer del asunto, desestima íntegramente la demanda.

NOTA.—La Ley de Asociaciones reconoce la personalidad jurídica a las asociaciones en el momento en el que sean visados los Estatutos de las mismas, y la inscripción se practicará posteriormente de oficio por la Administración. Por tanto, existen posturas en torno a la existencia de personalidad jurídica de la asociación desde el momento en el que se han cumplido los requisitos del acta fundacional y redacción de sus Estatutos (STS de 3 de julio de 1973). Opinión en contra es la que mantienen algunos autores como Díez-Picazo, según el cual la asociación habrá de inscribirse, subordinándose a este requisito la obtención de personalidad jurídica. Así, el TS se manifiesta en sentencias como la del 28 de noviembre de 1986, en la que se resuelve la controversia de la aptitud de una cofradía religiosa para suceder en testamento (y por tanto, de la adquisición de su personalidad jurídica). Pues bien, se establece que la comunicación remitida al Ministerio de Justicia no es constitutiva de personalidad, sino meramente administrativa o de control estatal, siendo «Asociación permitida por la ley, con existencia de hecho y jurídica desde su erección o aprobación por el Obispado... No podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento». (P. S. S.)

**15. Doctrina del levantamiento del velo.**—Es doctrina consolidada por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (SS de 28 de mayo de 1984, 16 de julio de 1987, 25 de enero, 24 de octubre y 24 de diciembre de 1988, 16 de octubre de 1989, 15 de abril de 1992, 12 de febrero de 1993, 9 de octubre de 1995, 10 de octubre de 1996, entre otras) aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y la práctica de penetrar «en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios en un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho (art. 7.2 CC)».

**Seguro de responsabilidad civil a terceros. Ejercicio de la acción. Concepto de tercero en el artículo 76 LCS.**—Si bien formalmente INVULSA actúa en el tráfico jurídico como una entidad mercantil con personalidad propia, de la investigación del soporte personal y de la realidad concreta ha quedado suficientemente probado que se ha producido la confusión de las personalidades de la entidad INVULSA y la de don Fernando M. S., asegurado, al ser el mismo titular del 81,5 por 100 del capital social de aquélla y disponer de amplísimos poderes para la gestión de la misma. Queda igualmente probado que toda la contabilidad de la fábrica incendiada se llevaba desde la sede social de INVULSA y que en la documentación referente a la póliza de seguros el domicilio que consta es el de la entidad mercantil INVULSA. Por todo ello el TS entiende que no concurren los requisitos necesarios para considerar a INVULSA un tercero extraño o ajeno

al propio asegurado y que por tanto carece de legitimación para el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS. (STS de 8 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Fernando M. S., como propietario de una fábrica de zapatos, concertó con la entidad aseguradora *A. R., S. A.*, un seguro de responsabilidad civil a terceros, para cubrir los posibles riesgos que se pudieran derivar en el ejercicio de dicha actividad. Para el desarrollo de la misma se utilizaban dos máquinas de fabricación de calzado, propiedad de la entidad mercantil INVULSA, de la que además de ser don Fernando el titular del 81,5 por 100 del capital social, disponía de amplísimo poderes para la gestión de la misma.

El día 24 de mayo de 1991, se produjo un incendio en la fábrica, que ocasionó la destrucción de todo lo que en ella había, incluidas las máquinas anteriormente mencionadas. Ante tal evento, la entidad INVULSA, ejercitando la acción directa del artículo 76 LCS, formuló demanda contra la aseguradora *R. A., S. A.*, reclamando el pago de la indemnización correspondiente. Desestimada íntegramente la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial confirmó dicho pronunciamiento. Interpuesto recurso de casación por la representación de la entidad INVULSA, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—No nos encontramos en la sentencia anotada ante una confusión de esferas jurídicas patrimoniales entre dos entidades, supuestos típicos en los que el TS procede a penetrar en el *substratum* de las mismas, sino ante un supuesto de abuso de la forma jurídica supuesto más antiguo para aplicar la doctrina del levantamiento del velo. En aquellos casos en los que se utiliza instrumentalmente la personalidad jurídica de una entidad, en este caso INVULSA, bien violándose con ello obligaciones contractuales, bien produciéndose dolosamente daños a terceros, se produce una infracción de deberes jurídicos generales, implicando en el fondo un acto *contra legem*, por eludir las reglas del derecho, «pero sin un enfrentamiento frontal sino, al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura». Con esta técnica se trata de evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado antijurídico (Embid Irujo, «Comentario a la STS de 2 de abril de 1990», *La Ley*, 1990-4, 611). (R. D. O.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**16. Indeterminación del objeto del contrato sobre construcción futura.**—El objeto del contrato es aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación (S de 5 de junio de 1978). La determinabilidad del objeto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato

siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC) ni a un nuevo acuerdo entre ellos. En el supuesto aquí debatido, la indeterminación del objeto no viene referida a la especie ni a la cantidad, sino a otras circunstancias de la cosa que debía entregarse distintas a éstas, pero que también son indispensables para determinar el objeto sin necesidad de un nuevo convenio. El actor, recurrido, se obligó, al ejercitar el derecho de opción, a la entrega de una parte de lo que construyese, pero la validez del negocio quedó sin duda condicionada a que se realizase la determinación de la cosa a entregar y que difícilmente podrá efectuarse al no haber previsto las partes contratantes las disposiciones necesarias para llevar a cabo esa determinación. En el contrato sólo se dice que «el precio se podrá efectuar mediante entrega de obra que se estipula en este contrato, que será: un 25 por 100 de los bajos construidos y un 10 por 100 de los pisos también construidos». No contiene ningún criterio para determinar o fijar esos porcentajes en relación a su localización, a la calidad, accesos, elementos accesorios, etc.; no se dice si el porcentaje de los pisos deberá entenderse referido a cada uno de ellos o de las viviendas que integren el inmueble, o formado por el 10 por 100 de la totalidad de la superficie que ocupen los pisos a fin de construir una vivienda independiente u otro local distinto, situación en que deberá encontrarse, etc.; tampoco se dice cuál será la localización o situación del porcentaje sobre los bajos, si deberá limitarse a la planta baja o también a la planta sótano del edificio, etc. Falta, por tanto, un requisito esencial en el contrato calificado por las partes de compraventa que constituya la contraprestación cierta a la entrega de la cosa. (STS de 10 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Las partes habían convenido un contrato de opción de compra sobre una finca. El plazo de ejercicio de la opción era de cuatro años, y el precio a pagar, de 30 millones de pesetas. En el acto de celebración del contrato se abonó un millón de pesetas, estableciéndose que el resto se podría abonar de una de las maneras siguientes: a) en metálico, en cualquier momento durante el plazo de los cuatro años estipulados; b) mediante la entrega de una obra que se realizaría en la finca objeto del contrato, consistente en «un 25 por 100 de los bajos construidos y un 10 por 100 de los pisos también construidos». El titular del derecho de opción lo ejercitó a tiempo y escogió la segunda posibilidad. Sin embargo, la parte concedente se opuso a la validez del contrato. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza desestimó la demanda interpuesta por el optante, pero la Sala Cuarta de la Audiencia Provincial de la misma ciudad estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el mismo y declaró la validez del contrato. El TS, en cambio, estima el recurso de casación interpuesto por la parte concedente.

NOTA.—Las partes acordaron que una de ellas debía entregar a la otra un tanto por ciento de una edificación futura. Según el TS, el contrato es nulo por indeterminación de su objeto. No parece ésta la postura sostenida por la doctrina ni aun por el propio TS en sentencias anteriores. En efecto, tanto los autores (por todos, Isabel Zurita Martín, *El contrato de aportación de solar*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 13-14), como la Dirección General de Registros y del Notariado (R de 5 de octubre de 1994, RAJ 1995\7654, para un caso en que la contraprestación era la entrega del 19 por 100 de la construcción futura) consideran



válido dicho tipo de acuerdo, como lo hizo ya el Alto Tribunal (entre otras, SS de 14 de abril de 1986, RAJ 1849; 30 de noviembre de 1990, RAJ 9219; 16 de diciembre de 1996, RAJ 8980) y como también permite entenderlo hoy el artículo 13 IV del Reglamento Hipotecario tras su reforma por el RD 1867/1998, de 4 de septiembre de 1998. (A. R. G.)

**17. El hecho de que el contrato no conste por escrito no impide conocer la prestación.**—El artículo 1256 CC, que sanciona la fuerza vinculante del contrato, tiene carácter genérico. Por ello, un recurso de casación no puede fundarse sobre él si no es en conexión con los correspondientes artículos que lo desarrollan. La circunstancia de que el contrato no constase por escrito no impedía conocer las condiciones en que debía prestarse el servicio ni permite alegar al demandado un pretendido incumplimiento que no se ha probado.

**Forma del contrato de suministro de energía eléctrica.**—El motivo alega que el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, de 12 de marzo de 1954 (arts. 74 y ss.) impone que el contrato de suministro de energía eléctrica se formalice por escrito y además en un modelo concreto que ha de ser intervenido por la Delegación de Industria para su aprobación. Según la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1970, «es evidente que la forma escrita no es la que da validez al contrato, pues precisamente por ser válido, con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelerse recíprocamente a llenarla, conforme prescribe el citado precepto legal» (art. 1279 CC). El contrato de suministro de energía eléctrica no es un contrato formal que exija para su validez y eficacia el cumplimiento de un requisito de forma en los términos imperativos del artículo 1280 CC o de otras leyes especiales. Este contrato no requiere, para su eficacia entre las partes, su constancia por escrito. Los artículos 74 y ss. del citado Reglamento carecen de eficacia casacional habida cuenta de su naturaleza y rango normativo. Las prevenciones contenidas en estos preceptos son requisitos de carácter administrativo cuya inobservancia no atenta a la validez y eficacia del contrato acreditado por otros medios de prueba, como sucede en este caso. Su inobservancia tampoco puede servir para fundar el incumplimiento de las obligaciones libremente asumidas. (STS de 29 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La *Unión Distribuidores Electricidad, S. A.*, demandó a un particular para que le abonase una cantidad de dinero superior a los seis millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Santiago de Compostela estimó la demanda. El recurso de apelación interpuesto por el demandado fue desestimado por la Audiencia Provincial de La Coruña, como lo fue el recurso de casación posterior. (A. R. G.)

**18. Cláusula de sumisión expresa.**—El contrato celebrado responde al tipo denominado «de adhesión», y la cláusula sumisoria contenida en él venía a contradecir la regla normal que, en materia de competencia, se preconiza en el artículo 62 LEC, regla 1.ª, con arreglo a la cual el conocimiento de la reclamación ejercitada por la demandante hubiera correspondido a los Juzgados de Córdoba. Aunque la validez formal de la cláusula cuestionada se encuentra amparada, en principio, por las reglas comprendidas en los artículos 56 y 57 de la precitada Ley, no cabe duda alguna de merecer la calificación de abusiva al llevar consigo

un desequilibrio, en perjuicio de la comunidad consumidora, entre las respectivas prestaciones de las partes.

**Cláusulas abusivas.**—Es cierto que, en un primer momento, la jurisprudencia de esta Sala, constituida, entre otras, por las SS de 31 de mayo de 1991, 18 de junio y 22 de julio de 1992 e, incluso, 29 de junio de 1995, se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmente, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las SS de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994 y 12 de julio, 14 y 23 de septiembre de 1996, viniéndose a decir en las de 12 de julio y 23 de septiembre que: en aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces comunitarios. En el artículo 3 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». El anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: letra Q): «Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas...». El artículo 6 de la Directiva dispone: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que no figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional... etc.». Asimismo, en la sentencia de 14 de septiembre de 1996 se establecía que «el criterio ahora sustentado aparece anticipado en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 10.c.3.º)» así como que: «es llano que no procede modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 CC y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros de la CEE, relativa a las “cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores”, resolución en la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros que “creen instrumentos adecuados jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos”, que también ha de tenerse en cuenta a efectos de interpretación, y sin que ello obste a lo dispuesto en el artículo 10.1.p.segundo de la Directiva al principio examinada». No resulta óbice para decidir la competencia del Juzgado de Córdoba el artículo 10 de la Directiva, puesto que la cuestión planteada ha de ser resuelta de acuerdo con la doctrina ya consolidada de la Sala. (STS de 11 de octubre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La compañía mercantil *Zardoya Otis, S. A.*, demandó a la comunidad de propietarios de la Avenida República de Argentina, núm. 14 de Córdoba, con quien había celebrado —en la misma ciudad— un contrato con objeto de mantener unos aparatos elevadores. La demanda fue interpuesta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 43

de Madrid. La parte demandada interpuso cuestión de competencia por inhibitoria, ante el Juzgado de primera Instancia núm. 7 de Córdoba, localidad donde se situaban los ascensores y donde se pagaban los recibos girados por la compañía. El Juzgado de Madrid se inhibió, por entender que la cláusula de sumisión expresa contenida en el contrato entrañaba una auténtica renuncia del fuero propio y a los derechos del consumidor, nula de pleno derecho por contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones entre las partes. *Zardoya Otis, S. A.*, impugnó el Auto de inhibición y la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, estimó el recurso, declarando la competencia del Juzgado de Madrid. Al insistir el Juzgado de Córdoba en su competencia, se remitieron los Autos al TS para resolver la cuestión. La Sala primera del Alto Tribunal resuelve que la cláusula de sumisión es abusiva y declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Córdoba.

NOTA.—Esta sentencia no parece aplicar la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, sino que se limita a mencionarla al apuntar que el criterio establecido por la Directiva 93/13/CEE ya era anticipado por aquélla. Posiblemente no hacía falta acudir a la norma comunitaria para anular la cláusula abusiva (puede verse M.<sup>a</sup> Jesús Moro Almaraz/Juan P. Aparicio Vaquero, *CCJC*, 44/1997, núm. 1188, pp. 615-28). De hecho, sentencias anteriores del Alto Tribunal aplicaron la Ley interna [art. 10.1.a]. Recuérdese las SSTs de 8 de noviembre de 1996, RAJ 7954; 30 de noviembre de 1996, RAJ 8457, y 12 de mayo de 1997, RAJ 3840. (A. R. G.)

**19. Matrícula en una academia de idiomas.**—Es un contrato atípico complejo de compraventa y prestación de servicios.

**Contratos de adhesión.**—El contrato de adhesión es aquel en que su esencia y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar —libertad de celebrar o no el contrato— pero no la libertad contractual —libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente. No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho.

**Condiciones generales de la contratación.**—Las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que impone a todos los que quieran celebrarlos. Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo.

**Cláusula de sumisión expresa.**—La Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, expone en su artículo 10 la normativa relativa a las condiciones generales de los contratos, también aplicable al presente caso. Es claro que la cláusula de sumisión obrante en el contrato de Autos se halla dentro del concepto de condición general que define la propia ley en el artículo 10.2 («a los efectos de esta ley, se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter general, el conjunto de las

redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éstas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario –como es la compradora, como destinataria final del producto, art. 1.2–, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate»). Asimismo, el artículo 10.1.c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el número 3 de este apartado y entiende por tales «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios». Por ello, la cláusula de sumisión, en el presente caso, es abusiva, al implicar un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la parte compradora el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa demandante tiene otro potencial económico. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala (S de 23 de julio de 1993, entre otras).

**Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Efectos antes de su transposición.**—En el artículo 3 de esta Directiva 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 la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas: «Q) 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 disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición...». Artículo 6: «Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que no figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional..., etc.». Tal Directiva debía ser transpuesta al Derecho español, a más tardar el 31 de diciembre de 1994 (art. 10), lo cual no ha sucedido. La jurisprudencia (S de 18 de marzo de 1995) apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no transpuestas en el plazo ordenado: no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, producen el efecto vertical, sobre los Estados y cuando los particulares actúan frente a éstos por no haber transpuesto la Directiva el Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares si no se ha transpuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato: a los efectos de declarar nula la cláusula de sumisión, así lo han interpretado las SS de esta Sala de 8 y 30 de noviembre de 1996 y 5 de julio de 1997. En conclusión, aplicando tanto la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios como la Directiva comunitaria, se estima abusiva la cláusula de sumisión del contrato de Autos, lo que implica la nulidad de la misma

(art. 10.4 de la Ley) y su ineficacia (art. 6 de la Directiva). (STS de 28 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Un particular se matriculó en una academia de idiomas de Barcelona. La matrícula se documentó en un impreso, en cuyo anverso constaban los datos de la misma y las firmas de las partes, y en cuyo reverso había impresa una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de dicha ciudad. Aunque el reverso no se firmó, en el anverso se afirmaba que «se aceptan las condiciones específicas en este contrato y de acuerdo con las cláusulas estipuladas al dorso» (reverso). El particular no pagó el importe de la matrícula y la academia interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona. Por su parte, el particular promovió cuestión de competencia por inhibitoria (art. 72 LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villena (Alicante), localidad donde tenía su domicilio. El Juez de Barcelona acordó, mediante Auto, desestimar el requerimiento de inhibición efectuado por el de Villena y, al insistir ambos Juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los Autos al TS. Su Sala primera declara nula la cláusula de sumisión y aplica el artículo 62.1 LEC, conforme al cual resulta competente el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villena.

NOTA.—El TS dota de efecto horizontal a la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como lo hizo antes en sus SS de 8 de noviembre de 1996, RAJ 7954; 30 de noviembre de 1996, RAJ 8457; 4 de diciembre de 1996, RAJ 9044, y 12 de mayo de 1997, RAJ 3840, y a pesar de las críticas doctrinales (véase Alejandro S. Payá Pujado, «Los efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996», *La Ley*, 1997, núm. 3, pp. 1926-36, 1932-3; Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, CCJC 43/1997, núm. 1173, pp. 367-384, 380; Alberto Emparanza, «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 1996/Ar. 8371», *RDBB*, 1997, núm. 68, pp. 1307-40, 1332 nota 53; sobre la posición del TJCE, Araceli Mangas Martín/Diego J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 367-73, 371). Por último, el TS también aplica la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, aunque no siempre lo ha hecho (véase la nota a la STS de 11 de octubre de 1997). Cfr. hoy la DA 6, núm. 27, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que específicamente prevé este tipo de cláusulas entre aquellas que tendrán el carácter de abusivas. (A. R. G.)

**20. Solidaridad de deudores.**—Concurren aquí las notas que definen la solidaridad pasiva: a) la existencia de una pluralidad de deudores, b) la unidad de objeto, y c) la circunstancia de que un mismo hecho haya generado la obligación para todos ellos. Además, participa también el mandato del artículo 1158.2, relativo a la posibilidad de reclamar al deudor el importe de lo que hubiere pagado quien lo hiciera por cuenta de otro, al no haberlo realizado contra su expresa voluntad, cuyo precepto lleva implícita una pauta de solidaridad legal cuando los deudores son varios; todo ello según el tenor de la línea jurisprudencial existente

en esta materia, que, en aras del principio de cumplimiento de la función de garantía que atañe a la solidaridad pasiva, admite una interpretación flexible del artículo 1137 CC.

**Pago efectuado por un tercero. Carga de la prueba de la oposición del deudor.**—Según reiterada doctrina jurisprudencial, es preciso, para que la negativa del deudor al pago efectuado por tercero sea eficaz, su clara expresión, como señala el artículo 1158.2, sin que quede duda al respecto, por lo que debe probar la existencia de la misma el deudor que la alegue.

**Pago efectuado por un tercero. Momento en que ha el deudor de expresar su oposición.**—No está justificado que, después de realizado el abono, el deudor pueda condicionar los intereses del tercero y la oposición de aquél, amén de ser expresa, debe producirse antes o en el momento del pago, pues en ese instante concreto es cuando se produce la extinción de la obligación y surgen las acciones de reembolso o de repetición del enriquecimiento a favor de tercero.

**Pago efectuado por un tercero. Efectos.**—El código civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: 1.º, subrogación convencional: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en el caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1209 y 1159); 2.º, subrogación legal: cuando paga el tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1209); 3.º, subrogación legal: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él (art. 1210.1 y 3); 4.º, subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1210.2 y 1159); 5.º, reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1158); y 6.º, repetición por la utilidad producida: cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158). El recurso da por supuesto que el tercero era un tercero no interesado, pero no considera que, en este caso, opera la acción de reembolso prevista en el citado artículo 1158.2. (STS de 18 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Tomasa y don Francisco habían contraído una deuda con un banco. Don Manuel, hijo de don Francisco, abonó dicha deuda y posteriormente interpuso demanda contra los mismos para recuperar lo pagado. Doña Tomasa opuso que no se había acreditado el carácter de acreedores de los demandados, así como que la deuda se había cancelado irregularmente. Don Francisco fue declarado en rebeldía y posteriormente falleció. Los herederos del mismo —entre los cuales se encontraba don Manuel— le sucedieron en el proceso. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Bilbao estimó parcialmente la demanda y absolvió a doña Tomasa. Don Manuel recurrió contra la sentencia y la Audiencia Provincial de Bilbao extendió la condena a aquélla, que recurrió en casación. El TS, en primer lugar, declara la extinción de la deuda en la parte correspondiente a don Manuel, en quien concurrían los caracteres de acreedor y deudor, y acaba desestimando el recurso. (A. R. G.)

**21. Cláusula penal moratoria. Facultad de moderación. Motivación de la sentencia.**—La sentencia recurrida tiene en cuenta las circunstancias concurrentes, muy especialmente «la absolución del demandado en un proceso penal» y lo excesivo de la cláusula penal, para estimar procedente hacer uso de la facul-

tad de moderación de dicha cláusula que el artículo 1154 CC reconoce a los Jueces y Tribunales. Por esa razón no se infringe el apartado tercero del artículo 120 CE, que prescribe que las sentencias deberán ser siempre motivadas.

**Inaplicación de la facultad moderadora del artículo 1154 CC.**—A la cláusula penal moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Esto último no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora por el mero y único hecho del retraso, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total. (STS de 29 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El día 4 de noviembre de 1988, *Residencial Parque Oeste, S. A.*, suscribió un documento privado en el que reconocía adeudar una cantidad al demandado. En este mismo documento el demandado se obligó a otorgar escritura de compraventa de un solar a favor de esta entidad mercantil, y a desalojarlo en el plazo de dos meses contados a partir del momento de ser notificado por la sociedad compradora. Además, las partes convinieron, entre otras cosas, una penalidad para el demandado por cada día de retraso que se produjera en el desalojo. *Residencial Parque Oeste, S. A.*, interpuso demanda pidiendo que el Juez condenara al demandado a pagar a esta entidad la diferencia entre la cantidad que el demandante adeudaba al demandado, expresada en el documento privado del día 4 de noviembre de 1988, y la cantidad que el demandado adeudaba a la entidad mercantil por el incumplimiento de la cláusula penal acordada. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y redujo a la mitad la cantidad adeudada por el demandado por incumplimiento de la obligación de desalojo. Interpuestos recursos de casación por ambas partes, el TS estimó un solo motivo del recurso del demandante y declaró que el demandado adeudaba a la compradora la cantidad total acordada por incumplimiento de la cláusula penal.

**NOTA.**—Véase el comentario de esta sentencia, a cargo de Cristina de Amunátegui Rodríguez, en *CCJC*, 46/1998, núm. 1261, pp. 357-374. (*J. M. B. S.*)

**22. Acción pauliana. Requisitos.**—El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los artículos 1111 y 1291 ss. CC en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del demandante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta del patrimonio del que la enajena (a lo que ha de equipararse la constitución de un derecho real que merma la garantía patrimonial del deudor); el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación; y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

**Anterioridad del crédito respecto del acto rescindible.**—Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preci-

so que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura exigencia posterior del crédito (S de 11 de noviembre de 1993).

**La constitución de hipoteca sobre bienes del deudor no es un contrato por virtud del cual éste enajena bienes a título gratuito y, por lo tanto, no se presume el fraude de acreedores.**—La constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC), por lo que en este caso no cabe aplicar el artículo 1297, párrafo primero, CC, que presume celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

**Perjuicio inferido al acreedor.**—Cuando se ejercita la acción rescisoria al amparo de los artículos 1111 y 1291 ss. CC, sólo ha de tenerse en cuenta el posible perjuicio del crédito del acreedor demandante, pues a él sólo beneficia la rescisión que, en su caso, se decreta y en la medida bastante a reparar el perjuicio por él sufrido, sin que la misma beneficie a los acreedores que no impugnan el acto supuestamente fraudulento.

**Improcedencia de la prueba por presunciones.**—No es lógico que una entidad bancaria conceda un préstamo para que el prestatario pueda satisfacer créditos a contraer en el futuro con otros establecimientos bancarios, ni pensar que el retraso en la inscripción registral de la hipoteca supone una intención o, al menos, el conocimiento de que ello iba a perjudicar a posteriores acreedores, cuando quien podía resultar gravemente perjudicado por ese retraso era el propio acreedor hipotecario que, en tanto no procediese a la inscripción, no podía hacer valer los derechos preferenciales que le asistían. Además, no hay mala fe en los deudores codemandados por ocultar la existencia de este préstamo hipotecario anterior. Por todo ello, no existe el enlace preciso y directo que exige el artículo 1253 CC entre los hechos-base y el hecho-consecuencia de confabulación entre los codemandados. (STS de 28 de noviembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—En este caso se plantea una acción revocatoria contra una hipoteca otorgada por *Caja de Ahorros y Préstamos de Antequera* (UNICAJA) a favor de *Industrias Frigarcía, S. A.*, mediante escritura pública de 2 de agosto de 1989. El demandante *Banco de Andalucía, S. A.*, había concertado unas operaciones de crédito con *Industrias Frigarcía, S. A.*, con fechas de 21 de agosto y 20 de diciembre de 1989, respectivamente, ambas avaladas por la propietaria de los bienes inmuebles sobre los que se había constituido la hipoteca que se pretende rescindir. La hipoteca se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha de 11 de mayo de 1990. La demanda presentada fue estimada y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad codemandada UNICAJA. Ambas sentencias de instancia presumieron la existencia del *consilium fraudis* entre *Industrias Frigarcía, S. A.*, y UNICAJA, configurador de la acción rescisoria, con base en el incumplimiento de la promesa de ésta de garantizar con aquella hipoteca el pago a las demás entidades acreedoras de *Industrias Frigarcía, S. A.*, y en el tiempo que se tardó en inscribirla. El TS adoptó otro criterio, por lo que declaró haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

**23. Dies a quo del plazo de caducidad de la acción de rescisión por fraude de acreedores.**—El plazo de cuatro años que establece el artículo 1299 CC para



pedir la rescisión de cualquier acto jurídico es un plazo de caducidad, por la simple razón de que la acción de rescisión que puede ejercitarse durante dicho plazo, trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros. Este precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores. Aunque una parte de la actual doctrina civilista, con base al artículo 37 LH, establezca como punto de partida para el referido plazo de cuatro años el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta, entonces puede ocurrir que este plazo haya transcurrido en su totalidad cuando el demandante acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del deudor demandado, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos que esta situación le ocasiona. Por eso, la jurisprudencia actual del TS establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito, con base a lo dispuesto en el artículo 1969 CC (S de 29 de octubre de 1990) y rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo del plazo. Esta jurisprudencia incluso argumenta que «ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil», por lo que también estima que debe tomarse como día inicial aquel en que la víctima del acto fraudulento pueda tener cabal y entero conocimiento del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial (S de 16 de febrero de 1993).

**Requisitos.**—La rescisión por fraude de acreedores necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial, que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, además de que exista una intención fraudulenta por parte del deudor, y por último que de todo ello surja un concreto perjuicio. Con relación al perjuicio surgido para el acreedor, por ser una cuestión de hecho, su apreciación es competencia exclusiva del Tribunal de instancia. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—El día 18 de noviembre de 1991 una entidad mercantil interpuso acción revocatoria pidiendo que se declararan rescindidas por fraude las donaciones de unas fincas efectuadas por unos cónyuges a favor de sus hijos con fecha de 1 de marzo de 1986. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS también desestimó el recurso de casación.

**NOTA.**—Está claro que algunas sentencias recientes del TS han abandonado el criterio de la fecha de la enajenación fraudulenta del deudor como determinante del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Antes de la sentencia que se extracta, el TS incluso ha dotado de una cierta estabilidad a aquel criterio que considera que el inicio del cómputo de este plazo tiene lugar en el momento en que el acreedor conoce o debió conocer el acto perjudicial de su deudor que trata de impugnar, o, en cualquier caso, si dicha enajenación accede al Registro, en el momento en que ésta se inscribe (SS de 16 de febrero de 1993 y 4 de septiembre de 1995; STSJ Cataluña de 30 de enero de 1992). Véase Francisco Jordano Fraga, «El *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción revocatoria o Pauliana (con motivo de una jurisprudencia reciente)», en *RCDI*, núm. 626, 1995, pp. 71-128. También puede consultarse el comentario de la sentencia de 4 de septiembre de 1995 hecho por el

mismo autor, en *CCJC*, 40/1996, núm. 1076, pp. 151-161. Sin embargo, la sentencia de 1 de diciembre de 1997 no tiene en cuenta esta línea jurisprudencial –no distingue entre los criterios mantenidos por las SS de 29 de octubre de 1990 y 16 de febrero de 1993, y no se refiere a la S de 4 de septiembre de 1995– y acoge el momento en que se verificó la insolvencia del deudor como momento de inicio del cómputo de la acción revocatoria: desde que un Auto de insolvencia de uno de los cónyuges deudores dictado en el Juzgado de lo Social fue notificado el día 30 de abril de 1990 al acreedor demandante –la demanda se planteó con fecha de 18 de noviembre de 1991–. Con ello el TS da pie a la consolidación de otra manera de computar el plazo de la acción revocatoria que, en este caso, parte del carácter subsidiario de esta acción (*ex arts. 1294, 1291.3 y 1111 CC*): si es requisito de esta acción que no quepa otro recurso para el cobro por parte del acreedor-demandante, sólo cuando se acredite la insolvencia del deudor empezará a computar el plazo legal para su ejercicio (en el mismo sentido, véase la S de 29 de octubre de 1990; ha defendido este criterio, Federico A. Rodríguez Morata, en *CCJC*, 31/1993, núm. 826, pp. 211-220, donde comenta la S de 16 de febrero de 1993 y rechaza el *dies a quo* del cómputo que sigue esta sentencia); y, por lo tanto, el TS no sigue un criterio uniforme en cuanto al inicio del cómputo del plazo de la acción revocatoria, en su intento de facilitar la efectividad de esta acción para el acreedor defraudado, lo que puede ocasionar una grave inseguridad jurídica. (*J. M. B. S.*)

**24. Rescisión contractual por fraude de acreedores. Requisitos.**–La acción de rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores, con base en el apartado tercero del artículo 1291 CC, requiere los siguientes presupuestos: *a)* la existencia de un crédito del demandante contra el propietario de la cosa enajenada; *b)* un acto de contenido patrimonial, ya sea de enajenación, gravamen o renuncia, en cuya virtud se produzca un menoscabo económico al deudor; *c)* el fraude al acreedor al no quedar bienes bastantes para el pago de las deudas; y *d)* la ausencia de un medio distinto de la rescisión para conseguir la reparación del perjuicio inferido. Con relación a la apreciación de la circunstancia concerniente a si ha existido o no perjuicio para los acreedores, por ser una cuestión de hecho, es competencia exclusiva del Tribunal de instancia.

**Rescisión de los contratos que se refieren a cosas litigiosas. Requisitos.**–La rescisión de los contratos que se refieren a cosas litigiosas, con base en el apartado cuarto del artículo 1291 CC, requiere los siguientes requisitos: *a)* que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende así desde la presentación de la demanda; *b)* que se haya celebrado por el demandado o por el demandante objeto de reconvencción; y *c)* que lo fuera sin el conocimiento y la aprobación de las partes o, en su caso, de la autoridad judicial. No se infringe este precepto, por no existir «cosa litigiosa», si ello se plantea con respecto a un juicio no admitido a trámite o a otro todavía no iniciado cuando la cosa ya estaba vendida. (**STS de 31 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**–Promovido juicio sobre rescisión de una escritura pública mediante la que unos cónyuges vendieron a su yerno una casa chalet y una parcela adjunta, el Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial también desestimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante, declarando que los deudores tenían bienes bastantes y que, por lo tanto, había otros medios dis-

tintos a la rescisión para conseguir la reparación del perjuicio. Al parecer, los demandados tenían un solar «con un valor muy superior en principio al de las cargas», y el Tribunal había declarado pagados unos préstamos con garantía hipotecaria constituidos sobre sus bienes. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

**25. Atenuación del principio *in illiquidis non fit mora*.**—La jurisprudencia más reciente ha atenuado y modificado el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora*, que supone o indica que para cuando la cantidad adeudada no sea líquida, es decir cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procederá desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que debe representar tal suma en el momento en que se le entrega. Ello debe ser así no sólo por tratarse de una deuda de valor sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles o dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor (SS de 5 de abril de 1992 y 18 de febrero de 1994). Por esa razón esta jurisprudencia entiende que la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de la deuda desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial. La sentencia que se extracta considera que si no se obligara al deudor a pagar intereses desde entonces podría darse incluso una situación de enriquecimiento injusto, figura que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida. (**STS de 13 de octubre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Se interpuso demanda solicitando que se declarara la rescisión de un contrato de ejecución de obra celebrado en el mes de diciembre de 1987, por incumplimiento del contratista al haber abandonado la obra el día 20 de agosto de 1988, y que se condenara al demandado a abonar la diferencia existente en esta fecha entre lo pagado por el demandante y el valor de las obras ejecutadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la demanda reconventional interpuesta por el contratista, declarando resuelto el contrato desde el día 14 de octubre de 1988 por voluntad del comitente, condenando a éste a abonar al demandado el importe resultante de la liquidación de las obras. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte y redujo este importe, pero también le condenó al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de interposición de la demanda reconventional. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación que también interpuso el demandante. (*J. M. B. S.*)

**26. Incongruencia en la concesión de intereses de la cantidad de condena.**—Del suplico de la demanda se desprende claramente que, respecto a los intereses de la cantidad solicitada, se condene desde la interposición de la demanda. Por el contrario, la sentencia recurrida condena a que los intereses legales de la

cantidad de condena se satisfagan desde el momento de la celebración del contrato, y de aquí que la sentencia objeto de impugnación haya incurrido en incongruencia, excediéndose, pues, de lo petitionado en tal extremo.

**Atenuación del principio *in illiquidis non fit mora*.**—El principio *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleva a efecto su fijación a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado en su aparente automatismo por la relativamente reciente jurisprudencia del TS al introducir importantes matizaciones en su aplicación. Ello entronca, en último término, con la conclusión de que a través de la sentencia lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor. Por eso la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la que ha reclamado, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial. (STS de 1 de diciembre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Promiber, S. A.*, celebró un contrato con *Edinco, S. A.*, el día 16 de febrero de 1988, por el que ésta le vendía unos terrenos para la construcción de viviendas. La compradora interpuso demanda y solicitó al Juez de Primera Instancia que declarara resuelto este contrato y condenara a la vendedora a pagar la suma de 96.450.000 pesetas por los conceptos de restitución de las prestaciones ejecutadas y de indemnización de daños y perjuicios, con intereses legales desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia declaró resuelto el contrato y condenó a la entidad vendedora a restituir a la demandante la cantidad de 17.500.000 pesetas, correspondientes a la suma que ésta entregó a la celebración del contrato como señal y parte del pago. Interpuesto recurso de apelación por la demandante compradora, la Audiencia Provincial condenó a *Edinco, S. A.*, a devolver al demandante la misma cantidad pero con los intereses legales desde el día de la celebración del contrato y, además, la suma de 2.392.492 pesetas, importe de la retribución de unos avales prestados en favor de la demandada. El TS estimó un solo motivo del recurso de casación interpuesto por la vendedora: condenó a la recurrente en casación al pago de los intereses legales de la cantidad de condena desde el momento de interposición de la demanda. (*J. M. B. S.*)

**27. Incumplimiento del contrato como cuestión de hecho.**—Es reiterada la jurisprudencia que señala que en materia de incumplimiento debe prevalecer cuanto se exponga por la Sala de instancia y que en casación ha de estarse a lo resuelto por ésta, pues el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho (SS de 12 de junio de 1986 y 20 de julio de 1996, entre otras).

**Vulneración grave y esencial de lo pactado como presupuesto de resolución contractual.**—La voluntad de incumplir se puede revelar por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo. Basta frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes y no se precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento.

**Exigencia de previo cumplimiento.**—La no constitución de hipoteca sobre la vivienda vendida por parte de los compradores en caso alguno puede justificar el previo incumplimiento de la vendedora de las demás esenciales circunstancias del contrato. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de una vivienda en construcción con precio a plazos. Los compradores no solamente se obligaron a pagar el precio acordado sino también a constituir hipoteca sobre la vivienda comprada, y la sociedad vendedora asumió las obligaciones de destinar la cantidad entregada a la firma del contrato a la ejecución de las obras y de finalizar estas obras en septiembre de 1991. Incumplidas estas obligaciones de la vendedora, los compradores demandaron la resolución del contrato y solicitaron que se condenara a la demandada al reintegro de lo pagado hasta el momento, así como a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juez de primera instancia estimó la excepción de falta de competencia interpuesta por el demandado y desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y declaró resuelto el contrato. El TS no casó la sentencia de la Sala de instancia. (J. M. B. S.)

**28. Resolución del contrato. Improcedencia cuando el retraso en la entrega no causa la frustración del fin perseguido.**—En modo alguno puede considerarse ilógica la valoración del mero retraso y de su trascendencia jurídica llevada a cabo por la Sala de instancia, puesto que la fecha de entrega no se estableció como fin único para los contratantes y para el que el comprador adquirió las fincas. Al no establecerse así en el contrato de modo expreso, la fecha de entrega carece de la categoría de motivo causalizado y el mero retraso no justifica la resolución, al ser factible aún construir y cumplir el contrato, por no existir hecho obstativo que impida con carácter definitivo el cumplimiento, ni inactividad o pasividad en el demandado que implique decisiva falta de respeto a lo convenido. Las sentencias de instancia acatan la jurisprudencia restrictiva de la resolución contractual, precisamente por respeto al fundamental principio *pacta sunt servanda*, ya que a la fecha de la demanda no constaba ni voluntad rebelde al cumplimiento, ni frustración del fin negocial y sí, solo, un simple retraso temporal compatible con el designio de cumplir lo prometido, lo que resulta insuficiente para declarar la resolución del contrato. (STS de 8 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.— Con fecha de 2 de mayo de 1992, se vendieron tres parcelas. El vendedor no cumplió su obligación de entregarlas en la fecha pactada. Según parece, por no contar en ese momento con el proyecto necesario para su urbanización. El día 13 de octubre de 1992 el comprador requirió notarialmente la resolución de los contratos. Posteriormente interpuso demanda pidiendo que se declararan resueltas las compraventas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.— Véase el comentario de esta sentencia, a cargo de Carmen Pérez Conesa, en *CCJC*, 46/1998, núm. 1253, pp. 241-248. (J. M. B. S.)

**29. Cesión del contrato.**—La subrogación a que se refieren los artículos 1158, 1210, 1211 y 1212 CC es la que se produce a favor del tercero que paga al acreedor por el deudor y en cuya virtud el tercero que paga tiene frente al deudor una acción de reembolso, situándose en la posición del acreedor, en los términos que se regulan en los citados artículos; por el contrario, lo alegado por los actores en el escrito de la demanda es que se ha producido, aunque no se utiliza esta terminología, una cesión del contrato de compraventa a favor de una persona jurídica que pasa a ostentar la condición de compradora frente a la vendedora, quedando fuera de la relación contractual la inicial compradora. Falta de regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, según la cual dicha figura supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial, existente entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual. En el caso, no ha mediado consentimiento alguno de la vendedora para la cesión a un tercero del contrato de compraventa suscrito con otra entidad, por lo que no se ha producido cesión alguna de dicho contrato.

**El otorgamiento de escritura pública a favor del adjudicatario de los derechos del comprador no es un supuesto de doble venta.**—No nos encontramos ante un supuesto de doble venta sino ante el cumplimiento por la vendedora de su obligación de otorgar escritura pública a favor de la compradora una vez abonado el importe total del precio establecido en el contrato, obligación a la que se dio cumplimiento en favor de quien, por haber adquirido los derechos correspondientes en subasta judicial, subentró en ese contrato en la posición de la primitiva compradora, que quedó apartada del mismo. (STS de 9 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En el presente caso encontramos cuatro entidades mercantiles, dos en la parte actora, dos en la demandada. Una entidad mercantil (A) celebró un contrato de compraventa de bienes inmuebles con otra (B). El contrato obligaba al vendedor (A) a otorgar escritura pública a favor del comprador (B) al abonar éste la totalidad del precio, y establecía entre tanto una reserva de dominio de la cosa vendida. Cuando la compradora aún no había completado el pago del precio, sus derechos derivados del contrato privado fueron embargados en los Autos seguidos ante los Juzgados de lo Social de Madrid. De resultas de dicho embargo, los derechos fueron adjudicados a una tercera entidad mercantil (C). La vendedora otorgó escritura pública, pero a favor de la adjudicataria, que abonó la parte pendiente del precio. La primitiva compradora (B) y una nueva entidad (D), como subrogada de la anterior, interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, en que solicitaban que se condenase a la vendedo-

ra a elevar el contrato a escritura pública a favor de (D), a quien (B) pretendía haber cedido el contrato. El Juzgado estimó las excepciones dilatorias de falta de legitimación activa opuestas por la vendedora y la adjudicataria. La Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, ante lo cual la misma formalizó recurso de casación, que el TS entiende que no ha lugar. (A. R. G.)

**30. Naturaleza jurídica del contrato de opción.**—El contrato de opción puede clasificarse entre los contratos atípicos. Es una creación genuinamente atribuible a la doctrina y a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS. Puede definirse como el que atribuye al beneficiario un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo concreto, en punto a la conclusión de un determinado contrato.

**Requisitos del contrato de opción.**—Como consecuencia lógica de la atipicidad de este contrato, hay que tener en cuenta para determinar su contenido el principio de la libre autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1261 CC). Como principio, los requisitos esenciales para la existencia del contrato de opción son la aceptación del optante (S de 29 de marzo de 1993) y la determinación del plazo durante el cual puede ejercitarse la opción (S de 18 de mayo de 1993). Para que la compraventa quede perfeccionada es necesario que llegue a conocimiento del optatario o promitente la declaración de voluntad por la que el optante hace uso de la opción, dentro de un plazo, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad (S de 22 de diciembre de 1992). No basta para que se entienda ejercitada la opción en tiempo oportuno que se manifieste esa voluntad dentro del plazo pactado, sino que es necesario que esa declaración de voluntad llegue al concedente de la opción dentro del plazo (S de 25 de abril de 1994).

**El pago del precio no implica necesariamente que el contrato exista.**—El simple dato de haber consignado por medio de un talón bancario el importe del precio de la opción no puede significar que haya existido un contrato de compraventa entre las partes de la presente *litis*, puesto que el contrato que ligaba a las mismas es el fruto de la combinación de un contrato típico de arrendamiento con un contrato atípico de opción, manifestándose este último como preponderante, y la referida consignación instrumental no significa el pago del precio de la compraventa. Por ello no hay infracción del artículo 1450 CC, pues no existió en momento alguno el ligamen contractual de la compraventa. (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Las partes firmaron un documento con fecha de 1 de enero de 1980 en que se concedía a una de ellas una opción de compra sobre un inmueble, con un plazo de ejercicio de diez años. El titular de la opción manifestó ante Notario su voluntad de ejercitarla el día 29 de diciembre de 1989; con posterioridad depositó en Correos tres sobres certificados que contenían su declaración de voluntad de ejercitar la opción. La parte concedente recibió uno de los sobres el día 2 de enero de 1990, esto es, fuera del plazo de ejercicio. El concedente-demandante solicitó la resolución del contrato de arrendamiento de industria que existía entre las partes, pero el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Leganés desestimó dicha pretensión y estimó la reconvencción, que pedía la declaración de que la opción se había ejercitado válidamente. La Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sen-

tencia de instancia y resolvió el contrato. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el optante. (A. R. G.)

**31. Opción de compra. Concepto.**—El contrato de opción de compra, que ha sido también denominado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como derecho de opción, se puede estimar como un contrato atípico en el sentido de que no tiene cobertura legal en el código civil, aunque su aspecto registral está reconocido en el Reglamento Hipotecario (art. 14). Partiendo de esta idea, se puede definir dicho contrato de opción como aquella compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases convenidas contenidas en el acuerdo, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actuaciones, y así se infiere de lo que dicen las sentencias de esta Sala, principalmente la de 17 de mayo de 1993.

**Requisitos del contrato de opción de compra.**—Los requisitos del contrato de opción han sido también configurados por la jurisprudencia de esta Sala, la cual establece, aparte de los generales a toda actividad contractual, tres requisitos específicos: *a)* la aceptación expresa del optante (S de 29 de marzo de 1993); *b)* la determinación del plazo durante el cual se pueda ejercitar el derecho de opción (S de 18 de mayo de 1993); *c)* la determinación exacta del precio y del objeto, así como el de perfección (S de 22 de septiembre de 1993). Además, este contrato de opción puede ir incorporado a uno de arrendamiento de bienes inmuebles; entonces parte de la doctrina lo califica como contrato atípico complejo. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido. Pero, como muy bien dice la sentencia recurrida, el contrato de opción y el de arrendamiento, que lo subsume, es claro que pueden discurrir en forma paralela, pero que, además, en todo caso, producirán efectos diferentes. (STS de 15 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Luis era parte en un contrato de arrendamiento y beneficiario de un derecho de opción de compra sobre la finca arrendada, por el que pagó un millón de pesetas y cuyo pago fue aceptado. Ejercitada la opción en tiempo y forma, la parte concedente se opuso a escriturar la compraventa. El optante interpuso demanda, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sevilla. La demandada-concedente, que en primera instancia había opuesto excepción de litispendencia, recurrió en apelación y luego en casación, pero tanto la Audiencia Provincial de Sevilla como el TS confirmaron la sentencia de instancia. De hecho, los únicos argumentos que la parte concedente esgrime en casación para sustentar —en un único motivo— su negativa a escriturar son los artículos 1091, 1255 y 1281 CC. El Alto Tribunal entiende que estos preceptos, por ser declaraciones de principios sobre la autonomía de la voluntad, no eximen a la recurrente del cumplimiento de su obligación. (A. R. G.)

**32. Doble venta. Prioridad del adquirente que inscribe su derecho en el Registro.**—El párrafo segundo del artículo 1473 CC señala que en los casos de doble venta, la propiedad del inmueble pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro (siempre que sea de buena fe).



**Principio de legitimación registral.**—El TS afirma que el titular registral está amparado por el principio de legitimación (art. 38 LH). Dicho principio se manifiesta en la presunción *ius tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular. Asimismo, también se presume que el titular registral del dominio es un poseedor de buena fe (art. 434 CC).

**Usucapión *contra tabulas*. Requisitos.**—El artículo 36 LH regula la institución denominada usucapión *contra tabulas*. Dicha figura sólo procede, frente a un titular inscrito que tenga la condición de tercero con arreglo al artículo 34 LH, cuando se demuestre que el titular inscrito conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba poseída a título de dueño por persona distinta del transmitente, o bien cuando no habiéndola conocido ni podido conocer (la posesión del usucapiente), el adquirente la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Asimismo, mantiene el TS que un requisito necesario para que actúe la usucapión *contra tabulas* es que el bien inmueble se encuentre en posesión de un tercero en concepto de dueño, con buena fe y justo título.

**Derecho de opción de compra.**—El TS, en reiterada jurisprudencia (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 1 de diciembre de 1992, 22 de septiembre de 1993 y 7 de mayo de 1996), afirma que la opción de compra supone una compraventa conclusa que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales, siendo suficiente la declaración de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución. (STS de 8 de octubre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—En junio de 1970 se suscribió entre don J. M. F. P. (vendedor) y don E. G. D. (comprador), contrato de compraventa de una finca, en documento privado. En dicho documento se hizo constar que la finca estaba gravada con un derecho de opción de compra a favor de una entidad mercantil, cuyo plazo de ejercicio caducaba en agosto de 1970. En otro documento privado, se pactó que la entrega de dinero que realizó el comprador, es en concepto de arrendamiento, cuya duración se fija en veinte años. La entidad mercantil, en julio de 1970, ejercitó su derecho de opción.

Don E. G. D. interpuso demanda contra don J. M. F. P., suplicando, entre otras cosas, que se declarase que ha adquirido el dominio sobre la finca objeto del litigio, que el contrato de compraventa celebrado entre el demandado y la entidad mercantil (titular del derecho de opción), es inexistente por ser un contrato simulado y nulo de pleno derecho por falta de consentimiento. El demandante también pidió, con carácter subsidiario, que se declarase que ha prescrito a su favor el dominio y demás derechos reales sobre la finca en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo del asunto, al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial, interpuesto recurso de apelación, entró en el fondo de la cuestión y desestimó la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**33. Compraventa. Vicios ocultos. Distinción del supuesto de entrega de una cosa por otra (*aliud pro alio*).**—El TS afirma que es difícil distinguir en la realidad entre un supuesto de prestación diversa (*aliud pro alio*), es decir, de entrega de una cosa por otra, y un supuesto de vicios ocultos en la cosa entregada. Señala el TS que estaremos ante un caso de entrega de una cosa por otra

(*aliud pro alio*), cuando haya existido pleno incumplimiento como consecuencia de la inhabilidad del objeto y de la absoluta insatisfacción del interés del comprador. Por el contrario, según el TS, en los casos de vicios ocultos, el comprador podrá ejercitar la acción específica que le otorgan los artículos 1484, 1485 y 1486 CC, aunque los vicios ocultos no hayan producido la inhabilidad del objeto y la insatisfacción total del interés del comprador. En virtud de lo anterior, el TS mantiene que la aluminosis que sufre un edificio es un vicio oculto. (STS de 1 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebra contrato de compraventa de un piso. Posteriormente se descubre que el edificio en el que está situada la vivienda sufre aluminosis. Las partes (vendedor y comprador), en el momento de celebrar el mencionado contrato, desconocían que el inmueble sufría aluminosis.

Como consecuencia del vicio oculto (aluminosis) que tiene el piso objeto del contrato de compraventa, los compradores interponen demanda contra los vendedores, en base a los artículos 1484, 1485 y 1486 CC, suplicando, entre otras cosas, se declare resuelto el contrato de compraventa, el reintegro del precio y de los gastos ocasionados por la compraventa, así como una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**34. Retracto legal. Requisitos.**—El TS señala que para que nazca el derecho de retracto legal debe existir una venta perfeccionada y consumada. Asimismo mantiene que el rechazar una oferta de venta no puede considerarse una renuncia previa al derecho de retracto legal para cuando éste naciere.

**Retracto legal. Plazo de ejercicio.**—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1990 y 21 de julio de 1993) afirma que el plazo de nueve días, establecido en el artículo 1524 CC, se debe empezar a contar desde que el retrayente tuviere conocimiento de la venta o desde que la misma fuere inscrita en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, el TS tiene declarado (SSTS de 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991 y 28 de febrero de 1992) que el conocimiento de la transmisión por el retrayente ha de ser cabal y completo, no sólo de la venta sino también de sus condiciones, no siendo suficiente la mera notificación de haberse efectuado. (STS de 24 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En 1989 se vende, mediante documento privado, una finca. En dicho documento se afirma que los colindantes de la finca que se vende han renunciado a su derecho de retracto legal. En abril de 1990 se otorga escritura pública y en octubre de 1990 se inscribe en el Registro. Antes de producirse la mencionada venta, se ofrece la finca a la propietaria de la finca colindante para que la compre. Dicho ofrecimiento es rechazado. La propietaria de la finca colindante no tiene conocimiento de la venta hasta que ésta no se inscribe en el Registro.

Como consecuencia de lo anterior, en octubre de 1990, en ejercicio de la acción de retracto de colindantes, la propietaria de la finca colindante interpone demanda contra el adquirente de la finca, suplicando

se reconozca su derecho a retraer la finca y se condene al demandado a otorgar escritura pública de venta a favor de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda. Interpuesto recurso de casación, el TS casó y anuló la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

**35. Arrendamiento urbano. Resolución por utilización del inmueble arrendado por terceros ajenos al contrato.**—El TS (STS de 2 de marzo de 1994) declara que la introducción subrepticia en el inmueble arrendado de una persona jurídica, con independencia de los socios que la integren y aunque el arrendatario sea miembro de la misma, es causa de resolución del arrendamiento. No admite (STS de 13 de noviembre de 1991) la utilización compartida por el arrendatario y una persona jurídica (ajena al arrendamiento) del inmueble arrendado. Mantiene el TS (entre otras, SSTS de 25 de enero de 1988, 7 de enero de 1991 y 23 de octubre de 1995) que lo que provoca la resolución del arrendamiento (art. 114.2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> LAU de 1964), es la modificación subjetiva de la relación arrendaticia, introduciendo a terceros ajenos a dicha relación, al margen de la voluntad del arrendador. (**STS de 30 de septiembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Celebrado contrato de arrendamiento relativo a un piso sito en Madrid, el arrendatario permitió que dos sociedades mercantiles (ajenas al contrato de arrendamiento) utilizaran el mencionado piso para desarrollar sus actividades. El arrendador no prestó consentimiento expreso ni tácito a dicha utilización.

Como consecuencia de lo anterior, el arrendador interpuso demanda contra el arrendatario y las sociedades que utilizaron el piso arrendado, suplicando, entre otras cosas, que se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento, en virtud del artículo 114.2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> LAU de 1964.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**36. Arrendamiento urbano. Autorización del arrendador para realizar obras. Límites impuestos por la LPH. Resolución por obras no autorizadas.**—El arrendador puede conceder al arrendatario autorización para la realización de toda clase de obras, incluso para aquéllas que modifiquen la configuración de la vivienda o del local de negocio (art. 114.7.<sup>a</sup> LAU de 1964). Dicha autorización debe respetar la regulación de la LPH. Es por ello por lo que el arrendador, en virtud del artículo 7 LPH, no puede autorizar obras que menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores. Para realizar este tipo de obras se requiere cumplir lo establecido en los artículos 11 y 16 LPH. El TS afirma que cuando el arrendatario realiza unas obras que exceden de la autorización del arrendador o incumple los límites impuestos en la LPH para la realización de obras que afectan a elementos comunes, el arrendador está legitimado para instar la resolución del contrato de arren-

damiento, en base a la causa séptima del artículo 114 LAU de 1964. (STS de 20 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Por medio de un anexo a un contrato de arrendamiento vigente, el arrendador concedió a la arrendataria autorización para realizar toda clase de obras en el local arrendado, aunque implicasen modificación de la configuración del mismo, sin otra limitación que tales obras no perjudicasen a la finca o no fueran incompatibles con las normas sobre obras en las fincas en régimen de propiedad horizontal.

Posteriormente, la arrendataria ejecutó una serie de obras, algunas de las cuales afectaban a elementos comunes del edificio. Como consecuencia de ello, el arrendador interpuso demanda contra la arrendataria, suplicando, en base al artículo 114.7.ª LAU de 1964, la resolución del contrato de arrendamiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró haber lugar al recurso de casación y estimó la demanda. (M. J. P. G.)

**37. Contrato de arrendamiento sometido a la LAU de 1964. Plazo de prescripción de la acción para elevar la renta por el arrendador.**—Jurisprudencia consolidada del TS (SSTS de 7 de julio de 1972 y 26 de junio de 1974) mantiene que la facultad del arrendador para elevar las rentas establecida en la LAU de 1964, está sujeta al plazo de prescripción de las acciones personales de quince años (art. 1964 CC). Afirma el TS que a la mencionada facultad del arrendador no son aplicables los plazos de tres meses que señalan los artículos 101 y 106 LAU de 1964.

**Arrendamiento urbano. Novación del contrato.**—El artículo 1203 CC menciona las modalidades de novación que existen en nuestro ordenamiento. El TS señala que por el simple hecho de establecer una cláusula en un anexo que complementa otra estipulación del contrato de arrendamiento, no se puede afirmar que estemos ante una novación modificativa, pues ello no implica variar el objeto o las condiciones principales del contrato.

**Interpretación literal de los contratos.**—El artículo 1281 CC establece uno de los principios esenciales en la interpretación de los contratos. El TS señala que el artículo 1281 CC obliga al intérprete a intentar encontrar la verdadera voluntad de las partes contratantes, aunque los términos del contrato parezcan claros. En este sentido, el TS (STS de 24 de junio de 1964) afirma que dicho precepto no excluye la interpretación, sino que la presupone. (STS de 20 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En marzo de 1982, don F. M. N., en nombre del condominio *El Porvenir* (arrendador), en su calidad de presidente, y don M. D. J. y don M. L. S. (arrendatarios), suscriben contrato de arrendamiento. Posteriormente, en noviembre de 1982, se añade un anexo al contrato de arrendamiento, en virtud del cual se establece una cláusula de estabilización de la renta en relación con el índice del coste de la vida.

En 1992, don F. M. N., en nombre del condominio *El Porvenir*, interpone demanda contra don M. D. J. y don M. L. S., ejercitando las acciones de desahucio y revisión de rentas.

El Juzgado de Primera Instancia estima una excepción de los demandados y no entra a juzgar la cuestión del desahucio, pero estima la pretensión del demandante relativa a la revisión de la renta. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**38. Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad de la finca por el arrendatario. No vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE).**—El TS (SSTS de 20 de febrero de 1993 y 21 de marzo de 1996) afirma que el derecho de acceso a la propiedad de los arrendatarios, teniendo en cuenta su connotación de carácter social, está comprendido dentro de una legislación especial (art. 98.1 LAR y en la regla tercera de la DT 1.ª de dicha Ley), respetuosa con los principios rectores de nuestro ordenamiento, y por ello, no se puede considerar que el mencionado derecho vulnere el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Asimismo, el TS (STS de 18 de enero de 1991) mantiene que el ejercicio del derecho de acceso a la propiedad de las fincas rústicas, reconocido a los arrendatarios, puede considerarse como una adquisición forzosa, similar a la expropiación fundada en razones de interés social (art. 33.3 CE).

**Arrendamiento rústico. Derecho de acceso a la propiedad de la finca por el arrendatario. Fijación del justiprecio.**—Es reiterada la jurisprudencia (SSTS de 2 de febrero de 1993, 25 de noviembre de 1994 y 11 de julio de 1995) que afirma que para la fijación del precio de acceso a la propiedad de la finca arrendada hay que aplicar el artículo 39 LEF, sin perjuicio de que el órgano judicial utilice otros criterios que ayuden a fijar el valor real de la finca (art. 43 LEF). (STS de 1 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

**HECHOS.**—El arrendatario de unas fincas rústicas interpone demanda, solicitando se declarase su derecho a acceder a la propiedad de las fincas rústicas arrendadas mediante el pago del precio en que se valoren dichas fincas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estimó parcialmente.

**NOTA.**—Como se afirma en los Fundamentos de Derecho de la presente sentencia, el artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, ha modificado el régimen para la fijación del justiprecio que debe abonar el arrendatario para acceder a la propiedad de las fincas rústicas. Sin embargo, como atinadamente se afirma en la sentencia que nos ocupa, dicha regulación no es aplicable al caso. Ello es debido a que la mencionada normativa carece de efectos retroactivos, es decir, no puede ser aplicada en un procedimiento de fecha anterior a su entrada en vigor. (*M. J. P. G.*)

**39. Cofianza. Pago de la obligación principal por un cofiador como consecuencia del ejercicio por el acreedor de una acción real hipotecaria. Derecho de reintegro del cofiador frente al resto de cofiadores.**—El TS mantiene que el cofiador que paga la totalidad de la obligación principal, en virtud de reclamación judicial del acreedor, aunque sea por la vía del ejercicio de la acción real hipotecaria, está legitimado para reclamar, por medio de la acción de reembolso, las cuotas proporcionales que corresponda a cada uno de los restantes cofiadores solidarios. El TS basa su postura en el artículo 1145 en relación con el

segundo párrafo del artículo 1822, ambos del CC, y en una interpretación conforme a la realidad social del artículo 1844 CC.

**Fianza. Extinción por causas recogidas en el artículo 1852 CC.**—El TS afirma que la extinción de la fianza, en virtud del artículo 1852 CC, sólo se producirá cuando el fiador hubiera podido obtener resarcimiento sobre el derecho extinguido. Señala el TS (STS de 20 de octubre de 1993) que el ejercicio legítimo por el acreedor de las acciones que le corresponden no libera al fiador de las obligaciones asumidas. Ni puede calificarse como un hecho que obstaculice la subrogación en los derechos del acreedor. (STS de 29 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de préstamo entre el *Banco Internacional Español, S. A. (Bankinter)* y la sociedad *Heredad Balbino Lacosta, S. A.*, en virtud del cual la primera entregó a la segunda la cantidad de 52.500.000 pesetas. Dicho préstamo contaba con la garantía personal de siete fiadores, que respondían solidaria e ilimitadamente y en los mismos términos que el deudor principal. Además se constituyó una garantía específica de carácter hipotecario sobre una finca propiedad de uno de los fiadores (demandante).

Debido al impago del préstamo, el acreedor, *Bankinter*, inició el proceso del artículo 131 LH, adjudicándose la finca gravada con la hipoteca (propiedad de uno de los fiadores). Como consecuencia de lo anterior, el fiador que era propietario de la finca hipotecada, interpuso demanda contra dos cofiadores, reclamando el reembolso proporcional de la cantidad de dinero que cada uno de ellos debe satisfacer por su condición de cofiadores.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

**40. Cofianza solidaria. Interpretación jurisprudencial del artículo 1844.3 CC.**—La jurisprudencia del TS (SSTS de 2 de diciembre de 1988 y 7 de junio de 1991) afirma que el régimen de las obligaciones solidarias no es compatible con la regulación que el artículo 1844 CC realiza de las acciones de repetición. Es por ello por lo que el TS realiza una interpretación amplia del artículo 1844.3 CC. El TS, en virtud de esta interpretación, asimila los casos de insolvencia conocida, aunque no declarada, y los supuestos de pago beneficioso para todos los casos previstos en el artículo 1844.3 CC de concurso o de quiebra, permitiendo en todos ellos el ejercicio, por el cofiador, de las correspondientes acciones de repetición. (STS de 18 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Ante la situación de insolvencia notoria, todavía no declarada judicialmente, en que se encontraba el deudor principal, un cofiador solidario (garante) abona la totalidad de la deuda al fiador principal (una entidad de crédito) con la finalidad de que éste pagase al acreedor. Como consecuencia de ello, dicho cofiador interpone demanda contra el deudor principal y el resto de cofiadores solidarios (garantes), reclamando a cada uno de los demandados el reintegro proporcional de la cantidad de dinero por él satisfecha.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda respecto del deudor principal pero la desestimó respecto de los cofiadores solidarios.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

**41. Responsabilidad civil derivada de delito: lesiones causadas por yerno a suegro: acción civil ejercida en proceso penal por Ministerio Fiscal: cosa juzgada.**—El recurrente, perjudicado por hechos que fueron calificados de delito, y que dieron lugar a proceso penal en el que no se mostró parte, no ejerció en consecuencia la acción penal, dadas las relaciones familiares entre agresor y víctima, y consintió en que la penal y la civil fueran ejercitadas sólo por el Ministerio Fiscal; ahora pretende obtener nueva sentencia que modifique la cuantificación de la suma fijada en vía penal como reparadora de todos los daños y perjuicios que se le inflingieron; ahora bien, conocidas todas las secuelas, antes del juicio penal, no reservado el ejercicio de la acción civil por el perjudicado, y no dándose la circunstancia que alguna excepcional sentencia de esta Sala ha tenido en cuenta (como el desconocimiento de las secuelas, la agravación de las mismas tras la sentencia y por causas imprevisibles), no cabe ignorar que se ha producido la consunción de la acción civil, se ha agotado la posibilidad de volver sobre lo mismo y se ha producido cosa juzgada. (STS de 2 de diciembre de 1997; no ha lugar.) (G. G. C.)

**42. Accidente en refinería realizando trabajos de soldadura: responsabilidad de la empresa de mantenimiento: riesgo: negligencia: omisión de medidas de seguridad.**—La empresa llevaba a cabo actuaciones de mantenimiento y manejo de los aparatos, lo que le imponía su adecuado control directo, inmediato y próximo en cuanto a un uso correcto, en evitación de averías y accidentes, sin que sea relevante el hecho de que el obrero accidentado no fuera el encargado de esta inspección, que correspondería a otros empleados cualificados; la propia estructura de los aparatos en los que trabajaba el accidentado acreditan su complejidad mecánica y la necesidad de la máxima atención, no sólo en su uso, sino, con proyección antecedente, en su conservación y condiciones para poder ser utilizados con la mayor seguridad y sin peligro, dada la circunstancia de la suspensión aérea del equipo, poniendo de manifiesto que se está en una *situación de riesgo*, que intensificaba las actuaciones de control constante y sostenido, que en el caso no se dieron; todo ello conduce a la conclusión de darse una acreditada conducta omisiva culposa imputable a la recurrente que facilitó la producción del riesgo creado y preexistente, dada la forma de la instalación de los aparatos, pues no se extremaron las medidas precautorias necesarias, y lo que se presentaba como peligro posible se tradujo en peligro cierto; la recurrente no probó el haber obrado con atención y diligencia suficientes para el mantenimiento adecuado y operativo seguro de los aparatos de referencia; y quien crea un riesgo, aunque en dicho momento se corresponda a un actuar lícito, debe soportar las consecuencias derivadas del actuar peligroso del que se beneficia; no correspondía al accidentado supervisar el sistema de sujeción, ya que sus funciones se limitaban a reparar el equipo; la responsabilidad de la empresa se acrecienta al no haberse precisada e identificada la persona encargada de la vigilancia y control del referido sistema de seguridad, pues ello constituye una omisión trascendental al operar con una maquinaria peligrosa, sin contar con personal especializado que supervisara su seguridad, adoptándose las previsiones técnicas que correspondieran.

**Responsabilidad de la empresa refinera respecto del accidente ocurrido en sus instalaciones: omisión de diligencia.**—La refinería no sólo era beneficiaria de los trabajos que realizaba la empresa de mantenimiento, sino que el acci-

dente ocurrió en sus propias instalaciones y en maquinaria propia; tenía el deber de controlar el estado de la instalación, sobre todo cuando iban a trabajar en la misma operarios ajenos, ya que se trata de actos iniciales y anteriores, que no autorizan ninguna dejación ni conductas omisivas, en cuanto es necesario presentar las máquinas, aparatos y otros instrumentos en las debidas y seguras condiciones de instalación, para que el contratista pueda afrontar sin riesgos sus propios cometidos, lo que significa que sobre la empresa refinera recaía el deber de vigilancia y el de las condiciones de seguridad, siendo su inobservancia encuadrable en el artículo 1902 CC, al tratarse de actos propios que representan la instauración de un riesgo, con la obligada carga de demostrar la adopción de medidas de seguridad; estos deberes se prolongan en forma de supercontrol en cuanto a las actividades que desarrollaba la empresa de mantenimiento por medio de sus propios operarios, a efectos de la aplicación del artículo 1903 CC, hasta el punto de no autorizar las actividades mientras no se superasen las deficiencias, lo que exigió una previa comprobación de las mismas, mediante las adecuadas revisiones, bien por medio de empleados propios u ordenando, comprobando y verificando las que podían llevar a cabo el personal de la empresa que contrató el mantenimiento, pues al tratarse de instalaciones propias, la obligación de vigilancia era permanente y constante.

**Concurrencia de conductas culposas: solidaridad.**—Al producirse la concurrencia de plurales ilícitos culposos suficientemente acreditados, y relación causal única entre los mismos y el resultado dañoso, surge la solidaridad entre los responsables, como medio de protección a los perjudicados, pues el accidente fue provocado por las acciones y omisiones concurrentes, y al no poderse individualizar las distintas responsabilidades, debiendo rechazarse el argumento de la desconexión entre ambas empresas, atendiendo también a que los trabajos en la refinería implicaban la necesaria coordinación de todos los interesados.

**Doctrina general sobre la compatibilidad entre la indemnización civil y la laboral.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la compatibilidad de las indemnizaciones satisfechas por accidentes de trabajo y las que derivan de actos culposos civiles, exigibles ante la jurisdicción de este orden; las prestaciones de carácter laboral surgen de la relación de esta naturaleza, que preexiste a las responsabilidades civiles de índole extracontractual, y así lo declara el artículo 97.3 de la Ley General de Seguridad Social, por lo cual los perjudicados pueden exigir indemnizaciones a los presuntos responsables civiles; la jurisdicción civil actúa como atrayente y definidora de derechos privados y no está vinculada a la laboral, por ser plenamente independiente para enjuiciar conductas al amparo del artículo 1902 CC; y si bien el artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social, con exclusividad, el conocimiento de los litigios que se promueven dentro de la rama social del Derecho, lo que se reafirma en el texto articulado del Real-Decreto Legislativo de 1990, no aplicable a este caso, sin embargo se preserva la competencia de los órganos judiciales civiles, al entender que la competencia laboral viene determinada para las cuestiones que afectan al propio ámbito del contrato de trabajo, conflictos colectivos, Seguridad Social y Mutualidades; esta doctrina se reitera en SS de 5 de diciembre de 1995, y 6 de febrero, 15 de junio, 3 de septiembre y 19 de diciembre de 1996.

**Motivación de las sentencias.**—Es una garantía para el justiciable, elevado a derecho constitucional por el artículo 120.3 CE, que lo refiere al derecho a acceder y obtener una resolución fundada en Derecho, lo que no implica necesariamente un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues la motivación sufi-



cientemente expresada se produce cuando las sentencias mantienen argumentos que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales que justifican la decisión final; es decir, que basta que se produzca explicación, aun lacónica, de la *ratio decidendi* determinante de la solución decisoria.

**Cuantía de la indemnización.**—La argumentación del recurso trata de impugnar la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia que supera los veintidós millones de pesetas, pero la tesis es totalmente desafortunada y el motivo perece, ya que la sentencia recurrida dedica suficientemente su fundamento jurídico octavo a justificar la elevada indemnización económica que otorga, ateniéndose a las consecuencias de las secuelas graves e irreversibles que afectan al actor, y su repercusión en su sistema de vida, no sólo en su ámbito personal, en cuanto se trata de compensar el dolor y daño moral padecido, sino también en su proyección de relación social y laboral, ante las dificultades que lógicamente se le han de presentar para encontrar una ocupación compatible con su estado físico, notoriamente disminuido y, con ello, aminorada su capacidad para el trabajo.

**Plazo de prescripción: *Dies a quo*.**—El plazo de un año no ha transcurrido, ya que, en este caso, no ha de atenderse exclusivamente a la fecha del alta médica, sino a la de la resolución que puso fin a las actuaciones penales previas, e, incluso, cabe ampliarlo a la de su notificación efectiva a las partes, conforme a conocida y reiterada jurisprudencia. (STS de 11 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Aparte de reiterar la conocida doctrina jurisprudencial sobre la compatibilidad de la indemnización laboral y civil por causa de accidentes de trabajo, así como la referente a señalar el *dies a quo* del plazo prescriptivo, llama la atención el análisis minucioso de los deberes de actuación que, en el caso, incumbían tanto a la empresa encargada del mantenimiento de determinadas instalaciones, como a la empresa que se puede calificar de principal, dueña de las instalaciones en que se realizan los trabajos, sobre la que se hacen recaer —a mi juicio, con acierto—, determinados deberes previos y coetáneos a la realización de los trabajos en cuyo desarrollo se produjo un grave accidente laboral. Se niega la desvinculación entre ambas empresas por causa del contrato, probablemente de servicios, que les vincula —aunque también podría calificarse de obra—, y que, en otras ocasiones, ha servido al TS para exonerar a la empresa principal. Me parece justa la argumentación utilizada por esta sentencia (Pte. Villagómez Rodil). (G. G. C.)

**43. Culpa extracontractual: muerte en obras de excavación: responsabilidad de la empresa constructora: falta de medidas elementales de precaución.**—El hijo de los actores falleció al caer en el interior de la obra que se estaba ejecutando y las características de la obra respondían a una excavación con paramentos laterales de tierra de una altura media de alrededor de cinco metros, presentando en el lateral donde ocurrió el accidente un encofrado de barras verticales de hierro totalmente desnudas; la ubicación de la obra estaba en zona inmediata a la carretera local, y el camino o pista de tierra, abierta al público, por la que transitaban no sólo los empleados y clientes de la empresa cristalera contigua a la obra, sino terceras personas, no existiendo carteles indicadores de peligro ni prohibición del paso, ni muro o vallado protector, habiendo simples montículos de tierra que no abarcaban todo el perímetro de la obra; de todo ello debe concluirse que fueron tan elementales las medidas precautorias que no se

adoptaron, y tan previsible el riesgo dañoso potencial, que la exigibilidad de tales medidas afectaba a cualquier persona o entidad que tuviera alguna clase de participación en orden a la ejecución de la obra, y ello en razón a que la misma era singularmente peligrosa en función de las propias características que ofrecía y del lugar de su emplazamiento.

**Responsabilidad directa del dueño del terreno que encargó la obra.—**

Cuando los juzgadores hablan de los dueños del terreno como contratista o promotor de la obra, se están refiriendo a que fueron ellos quienes encargaron la ejecución de la obra correspondiéndoles la calificación de *propietarios o dueños de la obra*, y sobre ellos recae el deber de adoptar las precauciones que no se adoptaron, dada la normal previsibilidad del riesgo producido por la falta de las mismas, y esto, aun cuando no la vinculase con la empresa ejecutora y con el técnico director de la obra, la específica relación jerárquica o de dependencia que viene a determinar la responsabilidad por vía de la aplicación del artículo 1903 CC, toda vez que la responsabilidad vendría atribuida en virtud del artículo 1902. (STS de 15 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda se había dirigido solicitando la condena solidaria de un grupo amplio de personas y entidades (empresa constructora, técnicos de la misma, propietarios del terreno, entre otros); estimada sustancialmente en ambas instancias (con reducción de veinte a diez millones de pesetas la cuantía de la indemnización), se interpone recurso de casación por la entidad propietaria del terreno en que se realiza la excavación y que es una sociedad limitada. Aparte de reiterar la conocida doctrina jurisprudencial sobre la congruencia, la S de la que ha sido Pte. Barcala y Trillo-Figueroa, argumenta sobre la responsabilidad civil de la empresa propietaria del terreno excavado para mantener la condena a la misma de ambas instancias. Sin poner en duda la evidente responsabilidad de la empresa constructora y de su técnico, se alega que las medidas de precaución eran tan elementales para impedir accidentes (zanja de cinco metros de profundidad, sin valla ni señales) que los dueños del terreno, no obstante haber concertado un contrato de empresa, no pueden desvincularse de cumplirlas. La doctrina merece destacarse, si bien obliga a encontrar apoyo jurídico específico (salvo el genérico del 1902, acaso poco convincente). Pienso por mi parte en el artículo 1908 CC, toscamente redactado pero del que puede extraerse una regla general de responsabilidad del dueño del terreno (obsérvese la doctrina moderna, a propósito de este precepto, habla de responsabilidad por riesgo y hasta objetiva: *vid.* De Ángel Yáñez, *Comentarios Ministerio de Justicia*, II, pp. 2045 ss.) (G. G. C.)

**44. Culpa extracontractual: lesiones causadas por cogida de vaquilla en festejo de pueblo: inexistencia de culpa en el promotor del espectáculo.—** La responsabilidad que se atribuye al promotor del espectáculo de vaquillas por los daños resultantes de una cogida a un espectador, con secuelas de incapacidad permanente, tendría que depender de la concurrencia en dicho señor de una determinada conducta que mereciese el reproche culpabilístico que exige la aplicación del artículo 1902 CC, toda vez que del hecho acreditado de haber sido el promotor y empresario del festejo taurino en que se originó el atropello del espectador por una vaquilla, no se desprende, aisladamente considerado, culpa o negligencia alguna, cuando también está acreditado que la celebración del festejo se desarrolló con toda normalidad, y que las medidas de seguridad correspondían al Ayun-

tamiento de la localidad, según se desprende del Reglamento de Espectáculos Taurinos y de la Ley de Régimen Local, siendo de insistir, a los fines del recurso, que la pura y simple noción de riesgo –inherente, por otro lado, a la celebración de cualquier festejo que suponga una suelta de vaquillas– es insuficiente, de por sí, para generar una responsabilidad por culpa extracontractual.

**Falta de prueba.**—Se da la inexistencia de toda prueba acerca de las circunstancias concurrentes de cómo se produjo la cogida y cuál fuese en concreto la actuación que pudiera haber tenido el promotor del festejo en la circunstancia material de la cogida, y por ello es de llegar a la conclusión de no poder atribuir al promotor ningún reproche culpabilístico. (STS de 17 de octubre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Se reclaman 6.000.000 de pesetas como indemnización de los daños sufridos por atropello de vaquilla en un espectáculo celebrado en un pueblo de Ávila; el JPI condena al promotor o empresario y a la Compañía aseguradora, a una suma poco superior a 3.600.000 pesetas; la AP absuelve al promotor y reduce a 400.000 pesetas la suma a pagar por la aseguradora. Parece que la demanda adolecía de fundamentación insuficiente, tanto fáctica como argumental, como si se tratase de un caso de responsabilidad objetiva. Sin embargo, las razones que se hacen valer en la S extractada parecen suponer un retroceso. Entre las empresas de espectáculos que generan riesgo, sin duda es la de organización de festejos taurinos en los pueblos la más proclive a originarlos. ¿Cómo se invoca en el 2.º FD la conocida jurisprudencia del TS *evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario* para concluir que la responsabilidad de dicho empresario se basa exclusivamente en la culpa? A mi juicio, es posible que el TS haya tenido en cuenta la *realidad social*, en este punto, de la España rural, aunque sin olvidar el prestigio de la *fiesta nacional*. (G.G.C.)

**45. Culpa extracontractual: responsabilidad de empresa de espectáculos: omisión medidas de seguridad.**—La escalera por la que se precipitó la víctima carecía de pasamanos de seguridad, y la empresa no ha probado que la goma de fijación de la alfombra, que cubría las escaleras, estuviera sujeta antes del accidente, como resulta de la inversión de la carga de la prueba tal como se recoge en la emblemática STS de 12 de noviembre de 1993; con lo cual, además de los indiscutidos requisitos de la producción de un daño, y de un nexo causal del mismo con una determinada acción u omisión, hay que proclamar que la omisión culposa aparece con claridad meridiana desde el instante en que la empresa de espectáculos no realizó las operaciones necesarias y suficientes, o, por lo menos, no lo ha demostrado como le incumbía, para dar seguridad necesaria a unas escaleras por las que transitaban, o podían transitar, toda clase de personas.

**Interrupción del plazo anual prescriptorio. Reclamación extrajudicial del actor.**—Conforme al artículo 1973 CC el plazo anual de prescripción de la acción para exigir responsabilidad extracontractual se interrumpe, entre otras causas, por la reclamación extrajudicial, lo que tiene su origen lógico en criterios de favorabilidad hacia el titular del derecho en cuanto a la enervación de la prescripción, cuando han existido indicios del ejercicio del derecho en cuestión; de la prueba practicada se infiere que ha habido comunicación escrita –correspondencia por carta entre las partes– en cuanto al núcleo de la cuestión a plantear, lo que

supone un medio eficaz interruptivo del plazo de prescripción según doctrina constante de la jurisprudencia. (STS de 21 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—En este caso sí resulta coherente la cita de la STS de 12 noviembre 1993, como antecedente del fallo, especialmente en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, a diferencia de la S de 17 de octubre de este año (atropello por vaquilla) en la que, precisamente, se denunciaba falta de actividad probatoria en la parte actora, sin que se utilizara la presunción de culpa que menciona la primeramente citada; si se juzga equitativa y razonable la condena en un accidente banal sufrido por una espectadora, lo ocurrido en un espectáculo taurino no debiera merecer diferente trato jurisprudencial. (G.G.C.)

**46. Culpa extracontractual: daños por productos peligrosos: responsabilidad del importador por falta de información: pérdida grave de visión.**—La determinación de la acción causante del daño es una cuestión de hecho, no susceptible de ser modificada en el recurso de casación, ya que, dada su naturaleza extraordinaria, la revisión fáctica que pudiera llevarse a cabo, convertiría dicho cauce en una tercera instancia; la sentencia recurrida declara probado que la empresa recurrente puso en circulación un producto evidentemente peligroso sin haber cumplido con el deber de información adecuado, originando la pérdida grave de visión de la víctima al manipularla, por lo cual el accidente se produjo por la utilización inadecuada de la máquina, ya sea porque no se dijo, o no se puso en conocimiento de la víctima, o no se informó a la misma de cuáles eran las medidas de seguridad y protección para un uso correcto, que normalmente deben constar en un manual de instrucciones, el cual no se proporcionó al adquirente.

**Inaplicabilidad de la legislación protectora de los consumidores: criterio interpretativo derivado de la Directiva de 1985: aplicación del régimen común: responsabilidad del importador.**—La sentencia recurrida declara que no es de aplicación la normativa tuitiva de consumidores y usuarios, ni la del Estado, según el artículo 1.3 de la Ley de 1984, ni la autonómica, conforme al artículo 2.º del Estatuto de Consumidores del País Vasco de 1981; ello no significa que se excluya la normativa común y su jurisprudencia interpretativa; en el presente caso la máquina causante del daño no iba acompañada de información suficiente, ni siquiera mínima, para su adecuada utilización; y aunque en la cadena de comercialización de la máquina están delimitados el fabricante, el importador y el distribuidor, resulta indiscutible que a la firma importadora le incumbía la información y orientación adecuada del uso del producto, sin perjuicio de que se hubiera podido exigir tal diligencia a la firma fabricante o a la distribuidora, debiendo tenerse en cuenta que la Directiva comunitaria de 1985 incluye entre los sujetos responsables al importador, pues en otro caso la víctima se vería desasistida, debida, a veces, a la imposibilidad práctica de dirigirse contra el fabricante extranjero. (STS de 3 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Hay aquí un buen ejemplo del dinamismo o *vis atractiva* de la legislación comunitaria sobre el derecho interno no sujeto a aquél. En el presente caso se declara inaplicable la legislación protectora de los consumidores en cuanto a la responsabilidad por el producto, si bien se examina si el supuesto es incluíble en los artículos 1902 ss. CC, que se interpretan a la luz de la Directiva de 1985, para poder incluir al importador entre los responsables. La invocación de la emblemática

STS de 12 noviembre 1993 viene a ser *obiter* dado que resulta aplicable en su pureza aquel precepto. (G.G.C.)

**47. Responsabilidad médica: responsabilidad directa del Servicio Andaluz de la Salud: ingreso por gastroenteritis aguda: alta médica incorrecta: falta de adopción de medidas necesarias.**—Está acreditada en Autos la negligencia del personal médico, si bien no individualizada, del Centro Hospitalario *Reina Sofía*, al no adoptar todos los medios de que disponía el establecimiento para llegar a un diagnóstico adecuado del padecimiento que sufría la interna, no obstante haberse superado ampliamente el tiempo de observación normal de dos días sin que remitiesen los síntomas que presentaba, dándosele el alta hospitalaria al cuarto día de su ingreso; cuando lo procedente era, el ingreso en el Servicio de Medicina interna o digestivo, donde, incluso, podía haberle sido aplicada una laparotomía a la enferma, que hubiera permitido detectar las causas de su estado; no se trata de un error en el diagnóstico sino de una falta de adopción de las medidas necesarias, incluidas las quirúrgicas, ante la persistencia de los síntomas que fundaban el diagnóstico de gastroenteritis aguda inicial y que podían enmascarar otra clase de enfermedades o patologías; de aquí que el alta de la interna se llevase a cabo de una manera incorrecta, lo que entraña una conducta negligente del personal médico y, consecuentemente, la responsabilidad directa del Centro Hospitalario, existiendo un nexo de causalidad entre aquella conducta culposa y el daño producido que se habría evitado de haberse procedido en la forma adecuada para obtener un diagnóstico correcto.

**Destrucción del historial clínico por el Centro Hospitalario.**—La destrucción por el Centro Hospitalario del historial clínico de la paciente ha impedido comprobar si los medios utilizados y las pruebas practicadas a la enferma fueron bastantes para justificar y mantener el período en que la interna estuvo en observación dicho diagnóstico, pero tal destrucción no puede hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico. (STS de 20 de septiembre de 1997; no ha lugar.). (G.G.C.)

**48. Negligencia médica: fallecimiento de un menor, con antecedentes cardiológicos, a consecuencia de intervención quirúrgica de comprobación de diagnóstico.**—Se afrontó la intervención del menor para comprobar una hepatitis crónica, sin haber facilitado al cirujano ni al anestesista la historia clínica con los antecedentes cardiológicos, diagnosticados como congénitos que afectaban al enfermo; la operación se llevó a cabo en forma rutinaria ya que se trataba de practicar biopsia hepática, por lo cual no se realizó un preoperatorio completo y adecuado a las dolencias cardíacas del operando, de lo que se prescindió por completo, y ni siquiera se le efectuó un electrocardiograma; la más adecuada, conveniente y eficiente praxis médica imponía haber realizado en tiempo anterior próximo a la operación las comprobaciones técnicas pertinentes para tener actualizado el estado cardiológico del menor, en cuanto a la posibilidad de soportar los gases de la anestesia, causantes de la fibrilación que produjo el paro cardíaco, precauciones que no se presentaban imposibles, se diera carencia de medios o fuesen totalmente descartables; tales omisiones han de reputarse trascendentales y dotadas de la suficiente intensidad causal, que impone ser atendidas para alcanzar la conclusión condenatoria.

**Responsabilidad directa del Insalud.**—Se ha dado concurrencia intensa y determinante del resultado final por causa de actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del Insalud, por lo que este ente ha de asumir las responsabilidades consecuentes, no personalizadas, y que se encuadran en el

artículo 1902 CC, por referirse a conducta propia que no desvirtúa la posible subsumición de la conducta ilícita civil por las actuaciones de los profesionales dependientes bajo el artículo 1903 CC, la cual sólo es exigible si son llamados a juicio y se declara su responsabilidad, lo que no ocurre en este caso; la responsabilidad del Insalud es directamente imputable a la entidad ya que se presenta como determinante de la carga de resarcir que se le impone.

**Pago de intereses.**—El último párrafo del artículo 921 LEC contiene una excepción legal que afecta al pago de cantidades líquidas a cargo de la Hacienda Pública, consistente en que si la Administración no paga al acreedor dentro del plazo de los tres meses, es cuando habrá de abonar el interés legal en relación a la cantidad judicialmente declarada como debida, y desde que el acreedor reclama por escrito el cumplimiento de la obligación, siendo jurisprudencia consolidada la aplicación de tal normativa al patrimonio de la Seguridad Social, por mandato del artículo 13, apartado siete, de la Ley 33/1987, de 23 diciembre; el motivo ha de acogerse. (STS de 27 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.). (G.G.C.)

**49. Responsabilidad médica en la medicina voluntaria: intervención quirúrgica para corregir enanismo y con resultado de equinismo: culpa extracontractual: obligación de resultado.**—El tratamiento que sufrió la demandante no tenía una finalidad curativa sino que se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra, por lo cual la obligación asumida por el médico es de resultado y no de actividad; así lo ha entendido el TS desde la S de 21 de marzo de 1950 y las más recientes de 16 de abril de 1991, 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997; dice esta última que cuando la medicina tiene un carácter voluntario, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, la relación se aproxima de una manera notoria al contrato de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue; en el presente caso, el resultado no fue obtenido, se produjo un daño y no se ha probado que éste tuviera una causa ajena a la actuación médica; el resultado dañoso en estos casos hace presumir la culpa en el profesional médico que fue causa del mismo, tanto más cuanto que ni la paciente, menor de edad, a la sazón, ni sus padres fueron debidamente informados del grave riesgo y posibles secuelas de la intervención. (STS de 2 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—En el primer FD se recoge una minuciosa e ilustrativa exposición de los hechos médicamente significativos, resultando que después de varias intervenciones correctoras, la paciente (que a los 16 años medía 1,48 metros y quería alcanzar la estatura de su madre que medía 1,55) sufre secuelas funcionales consistentes en dificultades para la marcha por terrenos desiguales, accesos por escaleras, para correr, y, en general para la práctica de ciertos deportes y trabajos. La cuantía solicitada como indemnización de quince millones de pesetas fue reducida a diez millones en apelación, resolución que revocó la de primera instancia que había desestimado la demanda. (G. G. C.)

**50. Responsabilidad médica: culpa del anestesista: fallo en aparato de control.**—El anestesista tiene un amplio campo de responsabilidad exclusiva y especializada, con específica competencia y responsabilidad autónoma; una de sus misiones es mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y después, de las intervenciones quirúrgicas; en el presente caso, el sistema de alarma no fue probado en el momento previo a la intervención y había deja-

do de controlar el estado del paciente en el monitor electrocardiográfico, pese a una mayor exigencia de atención al ser un tipo de intervención en regiones anatómicas cráneo-faciales configuradas de difícil acceso quirúrgico.

**Doctrina general sobre incumplimiento de las obligaciones de actividad o de medios.**—En las obligaciones de actividad —o de medios— aquélla es el objeto de la obligación, y el deudor cumple con su ejecución adecuada y correcta de ésta, de modo que la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado, siendo precisa la prueba de la falta de diligencia, según S de 29 de julio de 1994, sin perjuicio de que ésta se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado, en relación de causalidad, con la actividad del profesional médico.

**Responsabilidad del Insalud: directa y en cuanto titular del establecimiento en que se causó el daño.**—En el presente caso se acumulan las acciones contra el médico anestesista, contra el Insalud, y contra la entidad aseguradora; el fundamento del fallo no se basa exclusivamente en el artículo 1902 CC sino también en el 1903 CC, ya que la responsabilidad del Insalud se basa tanto en su actuación directa, como en la indirecta por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados o dependientes; en el presente caso se ha apreciado la responsabilidad extracontractual del anestesista, que pertenecía al cuadro quirúrgico del Hospital, por lo que procede declarar la del empresario, como centro hospitalario, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa in *vigilando* o in *eligendo*, que es directa y solidaria con la del propio causante del daño. (STS de 13 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Caso claro de responsabilidad del anestesista y, por derivación, del centro hospitalario; debe advertirse que se siguió un proceso penal por el procedimiento abreviado en el que el Fiscal formuló escrito de acusación y solicitó la apertura del juicio oral, que no procedió por fallecimiento del acusado, originando archivo de los Autos. Hubo un fallo del sistema de alarma conectado al aparato de control de la anestesia general, cuyo buen funcionamiento no se comprobó al comenzar la intervención; al menos durante tres minutos hubo ausencia de oxigenación en el paciente originándose un estado de coma profundo, del que falleció días más tarde. Ponencia del Magistrado O'Callaghan Muñoz. (G.G.C.)

**51. Responsabilidad médica: secuelas irreversibles por intervención de hernia discal con minusvalía del 66,5 por 100 en persona de 67 años con antecedentes: deber de información: falta de prueba: inexistencia de responsabilidad.**—Es doctrina jurisprudencial que en sede de responsabilidad médica, tanto contractual como extracontractual, la culpa, así como la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica, ha de probarla el paciente; en el presente caso no se ha acreditado por parte de la actora que el facultativo no observase en lo sustancial el deber de información que impone el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1986; en todo caso, falta por completo la indispensable relación de causalidad, o sea que por la falta de esa supuesta o hipotética falta de información, se produjo el daño de la paciente, por lo que procede estimar el recurso. (STS de 16 de diciembre de 1997; ha lugar.)

NOTA.—En paciente de 67 años, con antecedentes de hernia discal anteriormente intervenida con éxito, se presenta un cuadro de dolor agudo, y previa la oportuna exploración y práctica de radiografías, se

aprecia la existencia de una columna vertebral osteoporótica con importantes fenómenos degenerativos, con trastornos de la estática y de la dinámica a este nivel. A la vista de esta complicada situación el doctor opta por llevar a cabo una intervención quirúrgica limitada al espacio L4-L5, para descomprimir dicho espacio y la raíz nerviosa que se hallaba comprimida, con objeto de liberar a la paciente de los dolores más importantes, solución que el cirujano propuso a la paciente, y que ésta aceptó; pero en el período postoperatorio la paciente presentó secuelas irreversibles que la obligan a utilizar un aparato ortopédico y un bastón para facilitar la marcha; la sentencia de la AP constata que no cabe reprochar al médico ninguna violación de la *lex artis*, pudiendo achacarse los malos resultados obtenidos al 5 por 100 de los casos en que las estadísticas acusan falta de éxito; no obstante, deducen que asumió una operación quirúrgica arriesgada sin oportuna información a la paciente. La sentencia absolutoria ofrece algunas dudas. Parece probado que el cirujano propuso a la paciente y ésta aceptó la intervención que llevó a cabo; no parece claro, sin embargo, si la información fue suficiente conforme a las pautas que contiene el FD 2, a saber: 1.º, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone; 2.º, las ventajas e inconvenientes de la misma; 3.º, sus riesgos; 4.º, el proceso previsible del postoperatorio, y 5.º, el margen de la intervención; la Ley General de Sanidad específica que se dé información completa y continuada, verbal y escrita sobre el proceso de la intervención, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas. ¿Hubiera aceptado la paciente si se le hubiera informado de la posibilidad de empeorar?; en el protocolo médico suele figurar el contenido de la información con la firma del enfermo o sus familiares, y su aportación al proceso resulta extremadamente fácil para el centro médico; no parece que en este caso se haya traído a los Autos; en pacientes de esta edad el riesgo de secuelas graves es grande, por lo que la información, a mi juicio, debe esmerarse y apurarse al máximo. (G. G. C.)

**52. Responsabilidad médica: extirpación de mama sin existencia de carcinoma: Falta de análisis intraoperatorio: consentimiento de la paciente basado en el diagnóstico erróneo.**—El análisis intraoperatorio, que no comportaba aumento de riesgo, constituía medio necesario para asegurar el diagnóstico antes de proceder a una amputación de mama en una mujer de 44 años que, sin duda, concedió su autorización al informársele de forma errónea de una malignidad que luego se acreditó inexistente; la culpa del facultativo nace de la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación, y así lo valoró la sentencia recurrida después de un estudio pormenorizado de los muchos informes y testimonios obrantes en los Autos; existía el medio, no implicaba aumento de riesgo, y su no uso produjo el resultado de la amputación; el consentimiento se otorgó para una presunta malignidad, y ninguna duda cabe de que a la vista de que «la paciente nunca tuvo un cáncer de mama», se hubiera suprimido o, al menos, pospuesto, la cirugía radical, que hubiera requerido, en todo caso, un nuevo informe y un nuevo consentimiento, a la vista del error; al no actuarse así existe culpa, nexo causal y se han cumplido las exigencias probatorias.

**Acumulación de acciones con carácter alternativo.**—Existiendo una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, es doctrina jurisprudencial que, en favor de la víctima, puedan ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una o por otra, o, incluso, proporcionando los hechos al



juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos; en el presente caso se alegan tanto la culpa extracontractual como la contractual, con carácter simultáneo, refiriéndose tanto al arrendamiento de servicios como al de asistencia en hospital, en referencia a la obligación de utilizar los medios adecuados.

**Plazo de prescripción de la responsabilidad contractual.**—La extirpación innecesaria de mama se produjo en hospital gestionado por el Servicio Andaluz de la Salud, lo que origina su responsabilidad directa estando afectado el ejercicio de la acción por el plazo prescriptivo de quince años, que es el asignado para las acciones personales que no tengan señalado término especial a tal fin.

**Dies a quo: carácter restrictivo de la prescripción extintiva: secuelas psicológicas por intervención innecesaria.**—Es doctrina jurisprudencial que el instituto de la prescripción debe ser interpretado con carácter restrictivo, al no basarse en razones de justicia intrínseca, sino en la seguridad del tráfico, y en los supuestos de lesiones el inicio del término prescriptivo ha de situarse en el momento en que se conozcan de modo cierto las secuelas o efectos totales, lo que suele situarse en el momento del alta médica, ocurriendo en el caso que tanto el Juzgado como la Audiencia aprecian depresiones y secuelas de índole psicológica producidas, no sólo por el tipo de patología luego inexistente, sino por la innecesaria amputación, como hecho que se tarda en asimilar; así la Audiencia detecta un estado psíquico que requiere tratamiento, aunque sea revisorio de lo somático, para llegar a asumir plenamente el error médico padecido y acostumbrarse a vivir con la mutilación que ello supuso, dejando de pensar en el mal realmente inexistente, y a tal momento hay que atenerse. (STS de 31 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Hay una circunstancia que parece de agravación en este caso, pues la paciente no se enteró del resultado final, por ocultación del centro médico, hasta dos años más tarde cuando solicitó un cambio de hospital con el consiguiente traslado de su historia clínica. La S extractada es ponencia de Fernández-Cid de Temes, y merece plena aprobación por haberse producido —según se comprueba a *posteriori*— palmaria violación de la *lex artis*, siendo especialmente de subrayar también que la sentencia establece en el momento de la cesación de las secuelas psicológicas el *dies a quo* de la acción de responsabilidad contractual ejercitada. Acaso cabría plantear la posible responsabilidad del Servicio de citología, el resultado de cuyo análisis sirvió de base al cirujano para intervenir; pero la acción no se dirigió contra aquél. (G. G. C.)

**53. Responsabilidad en accidente de circulación: doctrina general.**—En cuestión de accidentes automovilísticos la doctrina de esta Sala ha evolucionado en los últimos tiempos hacia una responsabilidad cuasi-objetiva, impuesta por el creciente riesgo que los vehículos de motor aportan al convivir social armónico de los seres humanos; en este sentido se impone al causante del daño la demostración suficiente y cumplida de su actuar diligente para exonerarle de toda responsabilidad y por tanto que su conducta no cabe ser tachada de negligente o activa imprudencial, al entrar en juego la inversión de la carga de la prueba o mantenerse con rigor la concurrencia de la diligencia debida y la necesidad de agotar todos los medios disponibles para evitar el accidente y que son requeridos según las circunstancias, conforme jurisprudencia civil reiterada desde la S de 10 de julio de 1943.

**Culpa exclusiva del conductor: graves secuelas de la víctima.**—En el presente caso no se prueba que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, ni tampoco hubo colisión de vehículos con sólo resultado de daños materiales, sino que se atribuye al conductor la total responsabilidad del accidente.

**Inexistencia de concurrencia de culpas: improcedencia de la compensación de daños.**—La compensación de daños se produce al efectuar la determinación y liquidación de las consecuencias económicas del evento, y ello exige la coincidencia de actuaciones culposas plurales, sin que ninguno de los intervinientes en el accidente se presente ni llegue a erigirse en el único factor desencadenante del hecho, acaparando su causación; pero en el presente caso no se establece la culpa concurrente sino la exclusiva del conductor. (STS de 20 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—La multiplicación de accidentes de circulación ocasiona una cierta simplificación, y hasta cierta *banalización* de la argumentación jurídica, a fuerza de reiterada en las sentencias que los resuelven. A mi juicio, tal circuntancia en modo alguno justifica que se dicten resoluciones *críticas*, como la presente, en la que lo sobrentendido supera a lo expresado; ninguno de los antecedentes de hecho, ni el habitual relato de hechos que incluye el primer FD, nos explican cómo ocurrió el accidente, si fue colisión de vehículos (que parece excluida) o atropello (¿de peatón, de ciclista...?). La *ratio decidendi* hay que entresacarla de otras afirmaciones contenidas en el recurso, que se reproducen sin una clara separación. Por otro lado, parecería oportuno *actualizar* la evolución —reiterada *ad nauseam*— de la jurisprudencia sobre accidentes automovilísticos, pues siendo cierto que la famosa S de 1943 fue el punto de partida de una nueva doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1903 CC, ahora hay que tener en cuenta que hay una legislación, reiteradamente actualizada, que rige este sector social pródiga en daños. Fue modélica la actuación de la Sala 1.<sup>a</sup> en este punto, pero ahora los fallos han de basarse, no sólo en la vieja jurisprudencia, sino en la legislación en vigor (que, por cierto, raramente se invoca). Por otra parte, el *quantum* de la indemnización a que se condena (64 millones de pesetas, más los gastos que se acrediten en ejecución de sentencia) hubiera merecido una más cuidada redacción del contenido de esta sentencia, para mejor valorarla. (G. G. C.)

**54. Accidente laboral: daños por explosión de extintor caducado: acción basada en incumplimiento contractual. Incompetencia de jurisdicción.**—En la demanda se invoca que la empresa no adoptó las medidas de seguridad adecuadas para evitar el suceso, por lo que incumplió la relación laboral dado que no observó las normas de seguridad frente al trabajador; el motivo plantea la naturaleza del incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, concretamente la de los gases licuados o a presión (art. 110 de la OM de 9 de marzo de 1971), que origina daños al trabajador en el desarrollo de su actividad laboral; según SS de esta Sala de 19 de julio de 1989 y 2 de octubre de 1994, y a lo declarado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia de este TS, ello implica incumplimiento de la relación laboral por la empresa infractora: lo cual lleva consigo, no sólo la estimación del motivo, sino a que esta Sala tenga que aplicar de oficio, por ser de orden público, los

artículos 9.º 5 LOPJ, y 1 y 2 de la de Procedimiento Laboral, anulando por ello todas las actuaciones practicadas en este litigio, reenviando a las partes a la jurisdicción de lo social para que ante ella planteen, si les interesa, sus pretensiones.

**Prohibición de la *mutatio libelli*** .—El recurrente, en su demanda y en la apelación, mantuvo siempre que ejercitaba una acción de responsabilidad contractual, y, con criterio erróneo, tanto el JPI como la AP, fallaron con arreglo a las normas de la responsabilidad extracontractual; según STS de 14 de febrero de 1994: «El juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de manera que si se ejercita la acción extracontractual invocando los artículos 1902 y 1903 citados, no puede alterarla para resolver como si se hubiera ejercitado la acción derivada de contrato o de su incumplimiento y, a la inversa, como entendió repetidamente esta Sala en sus SS de 26 de abril y 3 de noviembre de 1966, y 24 de junio de 1969; habiendo esta última declarado que aun existente una relación contractual, el Tribunal ha de respetar la relación jurídica procesal establecida por las partes, y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la *litis* a base del artículo 1902 CC, casó esta Sala la sentencia impugnada por haber estimado el Tribunal de instancia que debió ejercitarse la acción contractual, doctrina mantenida incluso cuando *ad majorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual (SS de 21 de febrero de 1964 y 3 de noviembre de 1966) y es que, como declaró esta Sala en S de 10 de febrero de 1966, en modo alguno puede el Tribunal sustituir los términos fundamentales de la acción por otra que no haya sido ejercitada, resolviéndose un caso distinto del que fue sometido a su decisión». (STS de 24 de diciembre de 1997; ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer a la argumentación impecable de esta S (Pte. Gullón Ballesteros), que pone en evidencia un patente defecto de dirección letrada, rayano en la negligencia grave; ¿cómo se explica esa pertinaz insistencia, en ambas instancias, en invocar el incumplimiento del contrato *laboral*, precisamente ante la jurisdicción *civil*? El usual argumento utilizado otras veces para justificar la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, a saber, la de evitar el *peregrinaje de jurisdicciones* no parece aquí invocable cuando lo provoca con sus propios actos el recurrente. Con todo, hay algunas dudas en relación con la aplicación de la doctrina sentada en la S de 11 de diciembre de 1997, aquí anotada, a la vista de la jurisprudencia invocada en la presente. En efecto: en todo accidente de trabajo se da habitualmente la existencia de un contrato de trabajo, y casi siempre aquél se produce por infracción de medidas de seguridad; ¿no conduciría ello a eliminar *a radice* la competencia de la jurisdicción civil? En todo caso el accidente aquí contemplado debe calificarse de leve en base a las indemnizaciones en juego (se reclaman siete millones, y en apelación se conceden sólo millón y medio). (G. G. C.)

**55. Accidente de trabajo: prohibición de la *mutatio libelli***.—Basada la demanda en la concurrencia de una culpa extracontractual sin alusión alguna al incumplimiento de las obligaciones propias del contrato laboral, con la finalidad de evitar el transcurso del plazo prescriptivo anual, no procede en el acto de la vista del recurso de apelación, ni en casación, alegar como fundamento la responsabilidad contractual, pues ello constituye una variación de la causa de pedir que origina una *mutatio libelli*, no admisible en nuestro proceso por cuanto gene-

ra una indefensión para la otra parte que se opone y se defiende en base a una determinada *causa petendi*, y después se ve sorprendido con la alegación de otra que hubiera generado una distinta reacción defensiva.

**Doctrina general sobre acumulación de responsabilidades.**—1.º Si bien esta Sala tiene declarado que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, o, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más se acomoden a aquéllos, todo ello en favor del perjudicado; pero esta doctrina jurisprudencial carece de aplicación al supuesto en que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, estando vedado al juzgador aplicar normas de la otra (por ej., las del plazo de prescripción) pues, de hacerlo, alteraría sustancialmente la *causa petendi* y dejaría a la otra parte en una situación de evidente y recusable indefensión. 2.º Si se entendiese que la única acción ejercitada es la de responsabilidad contractual con base exclusiva en el contrato de trabajo, habría que declarar la incompetencia de esta jurisdicción civil, siendo inaplicable el régimen de la responsabilidad contractual del CC. 3.º En cuanto a la supuesta infracción que, con tanta ligereza, como falta de fundamento, se denuncia con base en el artículo 24 CE, hay que declarar que en ningún supuesto puede producirse denegación de justicia, obteniéndose dicha tutela también en los casos en que se rechaza lo interesado por la parte en el proceso, siempre que concurra y se expresa la causa legal correspondiente.

**Formalización del recurso fuera de plazo: designación de Procurador de oficio.**—Habiéndose reservado esta Sala, en el Auto de admisión, resolver por medio de esta sentencia, la oposición aducida por el Ministerio Fiscal a la admisión de este recurso, por considerarlo formalizado fuera de plazo, a la que se adhirió la parte recurrida, procede declarar que el recurso de casación fue formalizado dentro del plazo de veinte días hábiles que esta Sala había señalado para ello después de que se designó a la parte Procuradora de oficio, por lo que procede rechazar definitivamente tanto la alegación del Fiscal como la cuestión previa de la parte recurrida. (STS de 26 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

NOTA.—Pese a la diversidad de los fallos respectivos, se observa plena coherencia entre la doctrina mantenida en SS de 11 y 24 de diciembre de 1997, con la ahora extractada; si en la primera se estima la demanda de responsabilidad civil por accidente de trabajo, con invocación de la culpa extracontractual, en las otras dos se desestima la reclamación por haberse basado en infracción del contrato laboral, en la primera con notoria defectuosa dirección letrada, mientras que en la segunda se intenta remediar el fallo de haber prescrito la acción del 1902 CC, invocada en primera instancia, acogiéndose en apelación al plazo de 15 años. (G. G. C.)

## DERECHO DE FAMILIA

**56. Sociedad de gananciales. La mera apertura de una cuenta corriente en forma conjunta e indistinta no conlleva la atribución a los titulares por partes iguales de los depósitos efectuados.**—Como ha declarado esta Sala reite-

radamente (SS de 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 7 de junio de 1996), las cuentas corrientes bancarias expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuren titulares de las mismas contra el Banco que los retiene, y el mero hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que medien entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos; por todo lo cual el solo hecho de abrir una cuenta en forma conjunta e indistinta no produce el efecto de atribuir los depósitos por partes igualitarias a los figurantes titulares.

**El artículo 1364 CC establece el derecho del cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para cubrir los gastos o cargos de la sociedad ganancial a reintegrarse de su valor a costa del patrimonio común.**—El precepto establece un régimen general de reintegros que opera proyectado a la responsabilidad definitiva de la masa ganancial, que ha de cubrir este tipo de anticipos, en las operaciones liquidatorias del haber patrimonial común.

**La presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos por los cónyuges, constante matrimonio, es una presunción *iuris tantum* cuya destrucción requiere una prueba en contrario expresa y cumplida, sin que baste para ello la meramente indiciaria.**—La presunción de ganancialidad de los bienes que adquieran los cónyuges, constante su matrimonio, cabe ser destruida por prueba en contrario y para que dicha presunción *iuris tantum* tenga aplicación [SS de 20 de noviembre de 199 (sic), 23 de diciembre de 1992, 18 de julio de 1994, 20 de junio de 1995 y 2 de julio de 1996] —ya prevista en la Ley 203 de Estilo y en la Novísima Recopilación— y proceda ser desplazada por la privatividad, requiere prueba expresa y cumplida, no bastando la indiciaria.

**La valoración de la prueba no puede revisarse en vía casacional.**—Es doctrina constante y reiterada de esta Sala de Casación Civil que no es procedente hacer supuesto de la cuestión en este recurso extraordinario, pues su propia naturaleza y el mandato de la Ley impide efectuar una revisión valorativa de las pruebas que acceden firmes y no han sido combatidas en debida forma, que es lo que se lleva a cabo en el motivo.

**No procede aplicar la doctrina de los actos propios a la declaración de que se adquiere un bien para la sociedad conyugal, contenida en su escritura de adquisición. La presunción de ganancialidad opera entre cónyuges y no sólo frente a terceros.**—No vincula, con la categoría de actos propios, el hecho que actúa como fórmula, o confesión extrajudicial, de que los esposos en la escritura de adquisición hubieran declarado que «compran para su sociedad conyugal» (S de 8 de marzo de 1996). La presunción referida se aplica no sólo en las relaciones con terceros, sino también entre ambos cónyuges (SE 24 de julio de 1996), como es el caso de autos.

**El artículo 1355 CC es reflejo de la autonomía privada de los cónyuges para atribuir singularmente o no a cada uno de los bienes adquiridos la condición de gananciales. Su segundo párrafo sólo establece una presunción *iuris tantum* de ganancialidad que admite prueba en contrario.**—El referido precepto 1355 no se presenta como una excepción y menos imperativa, sino que es reflejo de la autonomía privada, ya que la voluntad negocial que contiene se refiere a que proceda de la común de los esposos, como manifestación bien patente de reglas de libertad, que producen eficacia en cada acto concreto y no cabe extrapolarlas a otros en las que los cónyuges se expresan de forma distinta.

La presunción que el último párrafo del precepto establece, al reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas, es de naturaleza *iuris tantum*, y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes. (STS de 29 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia de casación resuelve las discrepancias existentes entre dos cónyuges acerca de la condición ganancial o privativa de ciertos bienes para cuya adquisición invirtió la esposa dinero privativo. El fallo, en el que se estima el recurso de casación interpuesto, casa la sentencia de apelación, y otorga a la esposa un derecho de reembolso de la cantidad invertida para dicha adquisición. (M. C. B.)

**57. Acción de cumplimiento. El precontrato de opción de compra no puede cumplirse cuando ha sido celebrado unilateralmente por una persona sin pleno poder de disposición sobre el objeto de la opción.**—Cuando se pretende —primero extrajudicialmente y en este proceso por el ejercicio de la acción— poner en vigor dicho contrato, el codemandado don Ramón P. carece de poder de disposición sobre la totalidad de la finca, pues la mitad *pro indiviso* no es de su propiedad, sino de su esposa, casados en régimen de separación de bienes, doña M.<sup>a</sup> Magdalena R. Ciertamente, aquel precontrato se celebró días antes de la adquisición de la finca por los demandados, pero la titularidad anterior no consta; como productor de obligaciones —acto inicial del *iter contractus* de compraventa— es válido, pero el acto final o puesta en vigor del precontrato, la disposición de la finca, no puede hacerla el sujeto que carece de poder de disposición sobre la misma.

**El artículo 1322 CC no es aplicable al matrimonio celebrado en régimen de separación de bienes.**—El primero de los capítulos del Título III del Libro IV del código civil dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión «disposiciones generales» agrupa un conjunto de normas inconexas, que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, «régimen matrimonial primario», pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1322 es un claro supuesto: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y además, es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el artículo 1377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el artículo 1378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro.

**No cabe entender producida la ratificación de un negocio por quien no otorgó la representación ni se aprovechó de efecto alguno del negocio celebrado.**—El codemandado don Ramón P. celebró contrato de arrendamiento en su nombre propio, sin representación y sin *contemplatio domini* y su esposa, codemandada, doña M.<sup>a</sup> Magdalena R. se aprovechó, ciertamente, de los efectos del arrendamiento, pero igualmente aquél concertó el derecho de opción y la esposa no aprovechó efectos, ni había dado poder de representación expreso o tácito, ni ratificó expresa o tácitamente. Por lo cual, no hubo ratificación ni había habido poder de representación, ni puede pensarse en ratificación tácita, pues no aprovechó para sí efecto alguno del derecho de opción. (STS de 19 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario demanda a ambos cónyuges de un matrimonio celebrado en régimen de separación de bienes el cumplimiento de un precontrato de opción de compra de una nave indus-

trial celebrado por el marido únicamente, antes incluso de la adquisición *pro indiviso* del inmueble por el matrimonio. La sentencia de instancia estima la demanda, pero es parcialmente revocada por la de apelación, al desestimar todos los pedimentos que se hacían en la demanda contra la esposa. El citado empresario interpone el recurso de casación contra esta sentencia, que se desestima.

NOTA.—Dos consideraciones nos merece la sentencia analizada. La primera, la del incumplimiento del precontrato por parte del marido demandado, por el que se comprometía a adquirir una nave industrial y posteriormente a arrendarla con un pacto de opción de compra a favor del actor. Parece claro que cuando el marido adquiere la nave sin hacerlo en solitario, sino con la concurrencia de su esposa, con la que mantenía un régimen de separación de bienes, está incumpliendo en ese mismo momento el precontrato, pues ya no puede garantizar que se pueda ejercitar la opción de compra por el demandante, al carecer de la plena disponibilidad de la cosa.

Por otra parte, la sentencia hace un pronunciamiento con el que manifestamos nuestra discrepancia. Se expresa por el TS que el artículo 1322 CC, que establece la posibilidad de que un cónyuge inste la acción de anulación de los actos de administración o disposición llevados a cabo por su consorte, no es un precepto aplicable al caso en que no rija la sociedad de gananciales. Sin embargo, es posible que en régimen de separación de bienes juegue el caso previsto por el artículo 1320 CC (disposición de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia), precepto que se limita a establecer un mandato imperativo, pero que no se ocupa de establecer la sanción correspondiente, porque dicha consecuencia está establecida precisamente por el artículo 1322 CC, que, al menos en este caso, se podría aplicar a este supuesto acaecido durante la vigencia de un régimen de separación de bienes. No es cierto, por lo tanto, que en dicho régimen «la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro». (M. C. B.)

**58. Tercería de dominio. Improcedencia del embargo de un bien privativo de uno de los cónyuges, adquirido tras la separación de bienes en capitulaciones matrimoniales, por deudas contraídas por el otro, en parte durante la vigencia de la sociedad de gananciales y en parte tras la disolución sin liquidación de la misma.**—La remisión contenida en el artículo 1410 CC permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares ambos cónyuges; esos bienes comunes se verán incrementados si producen frutos, pero no con los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por el cambio de régimen económico matrimonial y el acogimiento al de separación de bienes. Para que subsistiese el embargo trabado en un bien privativo, adquirido con posterioridad a la disolución del régimen de gananciales, tenía que haberse acreditado una subrogación real de los bienes, es decir, que el adquirido lo fuese con otros procedentes de la comunidad, lo que no se ha probado; en definitiva, nadie niega la posibilidad de los acreedores para pedir e intervenir en la liquidación, ni que pudiesen embargar la cuota abstracta; lo que se niega es que se puedan embargar bienes privativos, pues el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de

las obligaciones que pesaban sobre la sociedad de gananciales, pero no de las que contraiga con posterioridad cualquier titular, que han de recaer sobre su propio patrimonio; y aquí se ha embargado un bien privativo, adquirido más de cuatro años después de disuelta la sociedad de gananciales. Es cierto que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC); también que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente, ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 CC se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiese formulado debidamente inventario, pues, en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084 CC), tal responsabilidad será *ultra vires* (SS de 20 de marzo, 27 de octubre y 22 de diciembre de 1989), por lo que ha podido decirse que, con independencia de lo que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales (S de 13 de junio de 1986), pero para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se le adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios, supuesto de hecho diferente al que nos ocupa, en el que se parte de que no hubo liquidación ni adjudicación de bienes, por lo que falta la base fáctica para el acogimiento del motivo, al no constar tampoco, como se ha dicho, una subrogación real. En definitiva, la acreedora conserva su acción contra los bienes gananciales, pero no contra los privativos del cónyuge, pues no se acreditó que hubiese confusión de patrimonios.

**La separación de bienes no se hizo con intención fraudulenta, como lo demuestra que entre ella y la adquisición del inmueble embargado transcurrieron más de cuatro años.**—La sentencia recurrida excluye la posibilidad del fraude al haberse adquirido la vivienda pasados más de cuatro años desde las capitulaciones matrimoniales (agosto de 1983-octubre de 1987) y ser la traba muy posterior (1990), aparte de cuanto se ha dicho respecto al artículo 1317 CC y la comunidad postmatrimonial sobre la masa de bienes gananciales, «sin que la ordenante del embargo haya demostrado la carencia de otros bienes para hacer efectivo su crédito». (STS de 7 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La Tesorería General de la Seguridad Social procede a embargar una vivienda inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de una señora casada, por deudas contraídas con dicho organismo por su marido. La propietaria interpone tercera de dominio, alegando que el bien embargado es de su patrimonio privativo, al haber sido adquirido por ella en régimen de separación de bienes, adoptado en capitulaciones matrimoniales tras la disolución sin liquidación de la comunidad ganancial. La Sentencia de instancia desestimó la demanda de tercera de dominio, que fue acogida en la apelación. La Tesorería



General de la Seguridad Social interpone el recurso de casación que es desestimado.

NOTA.—Aunque con cierta confusión, la sentencia acierta en su decisión, al establecer que los bienes privativos de un cónyuge, adquiridos con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, no quedan afectos a la responsabilidad dimanante de deudas contraídas por el otro cónyuge, ni siquiera aunque tuviesen la calificación de conсорciales o gananciales. Cabría esa posibilidad cuando la deuda tiene carácter doméstico (art. 1319.II CC), lo que no ocurre en el caso de Autos, en que la deuda provenía del ejercicio del comercio, regida por los artículos 6 ss. CCO. También sería posible afectar a los bienes privativos adquiridos por el cónyuge no deudor cuando se probase que tales bienes sustituyen a los bienes gananciales adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales, en virtud del principio de subrogación real, pero tal supuesto no acontece en el caso resuelto, pues no se había producido la liquidación de la sociedad de gananciales y, por ende, no se había producido adjudicación de bienes concretos a favor del cónyuge no deudor. (M. C. B.)

**59. Contratación entre cónyuges; acción declarativa de dominio e interpretación del contrato. El pacto celebrado entre los cónyuges, mediante el cual se comprometen a realizar capitulaciones matrimoniales y acuerdan una determinada adjudicación de bienes, tiene carácter constitutivo y para su interpretación no es preciso acudir a otros criterios cuando su literalidad es clara.**—Es acertada la interpretación que hace la Sala *a quo*, del citado apartado 4.º del contrato o acuerdo de fecha de 6 de marzo de 1985, en el que se hace constar literalmente («los cónyuges se comprometen a otorgar escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que cesará el régimen de gananciales y se establecerá régimen de separación de bienes, procediéndose a las operaciones de liquidación a que haya lugar, *adjudicándose la esposa* el vehículo Citroën y la vivienda sita en La Navata, provincia de Madrid, y el esposo la finca sita en La Tejera»); es claro, pues, que en dicho pacto existen compromisos con todos los requisitos propios para obligarse por parte de los interesados, puesto que no sólo se refieren al acuerdo de otorgar en el futuro escritura de capitulaciones matrimoniales, en donde se establecerá el régimen de separación de bienes, y se procederá a las operaciones liquidadoras, sino que, se hace constar expresamente con *carácter constitutivo*, que se adjudica ya a la esposa el vehículo Citroën y la vivienda sita en La Navata, provincia de Madrid (y así luego viene como a ratificarse en la simultánea cesión de derechos sobre ese inmueble de igual fecha —folio 26—, y como indiscutible contraprestación —presuposición causal habilitante— al esposo se le adjudica la finca sita en Tejera) y de consiguiente, por parte de la Sala *a quo* se interpretó dicho pacto 4.º, respetando las reglas de la hermenéutica fundamentalmente contenidas en el artículo 1281 párrafo 1.º, cuya versión ha de entenderse prevalente en los términos especificados, entre otras muchas sentencias, en la de 7 de julio de 1995, que decía: «Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del código civil, constituyen un conjunto a cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que

vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (SS de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, 10 enero, 5 de febrero, 2 de julio y 18 de septiembre de 1985, 4 de marzo, 9 de junio y de 15 julio 1986, 1 de abril y 16 de diciembre de 1988 y 19 de enero de 1990). Atendiendo a la cual hay que concluir que la sentencia impugnada no incurrió en inaplicación de los artículos 1282, 1286, 1288 y 1289...»; y, en la de 19 de febrero de 1996, «Es cierto que la S de 3 de febrero de 1988, estableció respecto a la hermenéutica contractual el llamado “canon de totalidad”, pero ello, para el supuesto de no ser posible atenerse al sentido estrictamente literal de las cláusulas del contrato, reconociendo así la preferencia al criterio gramatical, es decir, al recogido en el artículo 1281 CC, lo cual está en la línea de consolidada doctrina de la Sala respecto a que las normas de interpretación consignadas en dicho texto tienen carácter de subsidiariedad en su aplicación, de forma que cuando la literalidad de las cláusulas sean claras, no son de aplicar otros diferentes a las correspondientes al sentido gramatical, y entre las SS más recientes que preconizan tal carácter subsidiario para los artículos 1281 ss. CC a modo de relación jerarquizada entre sí, caben citar las de 23 de marzo y 6 de julio de 1993 y 25 de abril y 9 de julio de 1994».

**Es doctrina constante y reiterada del TS que la interpretación contractual es facultad privativa de los Tribunales de instancia.**—«Es criterio constante que la interpretación es tarea que corresponde a los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación, salvo que sean sus conclusiones absurdas, ilógicas, erróneas, arbitrarias o contrarias a algún precepto legal (SSTS 17 y 21 de abril, y 7 de octubre de 1993 y 29 de marzo de 1994)».

**El reconocimiento en favor de la esposa del derecho sobre el inmueble que se le adjudica en el documento que recoge el pacto de separación de hecho, constituye un título nominativo de la propiedad de ella.**—En ese apartado D) de la cláusula 2.ª, se hace constar literalmente ...«Se consideraran propios de cada cónyuge, los bienes que figuren a su nombre en títulos, registros, depósitos o documentos, y si no pudiera determinarse la propiedad de algunos bienes, se entenderá que pertenecen por mitad a ambos cónyuges»; pues si se quiere deducir de esta cláusula que serán propiedad del marido, los bienes, entre otros, el relativo al piso objeto de la controversia, porque, en el sentir del recurrente, *están a su nombre*, ya que con este carácter lo adquirió en la escritura de compraventa de 9 de noviembre de 1976, sin embargo frente a ello, se subraya, que si ha de entenderse en ese sentido parcial la expresión de «a su nombre» esto es, porque su titularidad aparece en dicha escritura, no obstante, también se puede oponer al respecto —siguiendo idéntico método deductivo— que con el reconocimiento del derecho a favor de la esposa, merced a que se le hizo la adjudicación en el pacto 4.º de ese acuerdo de separación de fecha 16 de marzo de 1985, implicaba asimismo, la integración de un título nominativo a favor de la esposa, pues, en otra visión del problema, no porque constase en aquella escritura pública en nombre del esposo —como adquirente, tenía que ser el titular—, porque, en puridad técnica, habiéndose adquirido el piso en régimen legal de gananciales, la titularidad auténtica, en su caso, devendría a favor de la comunidad de gananciales, y no con respecto al marido cuya propiedad pretende en este litigio.

**Que el bien controvertido no aparezca en la escritura de capitulaciones hace suponer que se mantiene la adjudicación realizada en el pacto privado realizado entre las partes.**—Es bien significativo que, ni en la escritura de

capitulaciones matrimoniales, ni en la de la liquidación de la sociedad de gananciales, aparece para nada la inclusión del piso controvertido, y ello en una lógica explicación, proviene de que el mismo ya se adjudicó por pacto privado entre las partes vinculante para ambos, en el susodicho apartado cuarto del documento privado de 9 de noviembre de 1976, exclusión, pues, determinante de que se mantenía aquella adjudicación, lo que no ocurrió con los otros bienes (vehículo y finca) que sí aparece en dicha liquidación (ff. 57 ss. Autos) prueba de que sobre los mismos no persistía aquella decisión adjudicativa en favor de la esposa.

**Es posible que un bien pase de tener la condición de ganancial a ser privativo de uno de los cónyuges, sin que para ello sea necesario hacer uso de la compraventa o la donación.**—Con base, precisamente al voluntarismo inserto tanto en el artículo 1323 como 1324 CC, es hoy viable acceder a cuanto ha acontecido, es decir, que los propios interesados podrán transmitirse cualquier tipo de bienes, celebrando toda clase de contratos y esta transmisión no sólo operará sobre bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, sino también podrá referirse a posibles derechos inherentes en favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, expectante, de tal forma que, con total libertad, se le permite realizar los contratos que estimen conveniente, sin que, obvio es, quepa entender que ello sólo se permitiera a través de la compraventa o a la donación, ya que tanto, el reconocimiento o la cesión de derechos, son modalidades, dentro de la tipicidad contractual, que las partes, en uso de esa libertad negocial, podrán utilizar, pues, en virtud de la permisibilidad de dicho artículo 1323 prevalente pues, frente a cualquier normativa que se pretenda sobreponer con carácter imperativo, carácter que, a todas luces no es predicable, sobre el particular, a la que así se contiene en el Título 3.º del Libro IV, en torno al régimen económico matrimonial del código civil.

**No puede entenderse que la cesión de derechos del marido a la mujer implica una auténtica donación.**—En caso alguno puede entenderse —como hizo el Juzgado de Primera Instancia— que la cesión o reconocimiento de derechos del marido en favor de su esposa, implica una auténtica donación y que, por tanto, la inobservancia de la forma hace decaer la misma, pues la adjudicación controvertida ha de contemplarse, en su evolución al socaire de la jurisprudencia de intereses, dentro de la complejidad de operaciones inherentes a la separación de hecho que en origen se consumó en el documento privado de 6 de marzo de 1985, pues, bien consecuente es, explicarse aquél reconocimiento/cesión en un conjunto de adjudicaciones duales de carácter sinalagmático, explicativo de ese reconocimiento y cesión de derechos entre ambos consortes. (STS de 19 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un matrimonio decide regular los términos de su separación de hecho en un documento privado en el que, además de comprometerse a otorgar en el futuro capitulaciones matrimoniales, se adjudica a la esposa una vivienda que figuraba inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del marido. En la posterior escritura de capitulaciones no se menciona la vivienda en cuestión, aunque sí se inserta una cláusula general por la que los bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges, pasarán a ser de su propiedad. La esposa interpone acción declarativa de dominio, que es desestimada por la sentencia de instancia, y admitida por la de apelación. El marido interpone el recurso de casación, que es desestimado.

NOTA.—La sentencia acierta en su decisión, pero no aclara suficientemente la argumentación jurídica que le lleva a adoptar el fallo. Frente a terceros, no parece posible que un pacto como el estudiado pudiera tener efectos, pues se trata de una suerte de «disolución parcial» de la sociedad de gananciales, que carece de los mínimos requisitos de publicidad. Ahora bien, entre cónyuges nada cabe oponer a la validez del pacto, pues se hace al amparo del artículo 1323 CC, que permite a los cónyuges realizar entre sí toda clase de contratos. En el caso analizado, el pacto tiene una estructura mixta, pues en parte es contrato, al establecer adjudicaciones presentes de determinados bienes, pero en parte es precontrato, pues establece la obligación de celebrar futuro contrato, el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. (*M. C. B.*)

**60. Liquidación y adjudicación de bienes gananciales. Los fallos judiciales no pueden supeditarse a la realización de pruebas en fase de ejecución de sentencia, durante la cual no pueden modificarse ni variarse.**—No es fácil encontrar una sentencia tan opuesta a los mandatos que para su confección contiene el artículo 359 LEC. Si la misma ha ordenado que se incluya en el inventario el contravalor de la parcela en virtud de lo dispuesto en el artículo 1397.2.º CC es porque estaba segura de que la enajenación de la misma se había realizado ilegal o fraudulentamente. Pero esto es contradictorio a continuación por la propia sentencia, con la salvedad que constituye el sustento de este motivo. Tal salvedad indica claramente que la Audiencia no está segura de aquella ilegalidad o fraudulentencia, por lo que no debió, en consecuencia, hacer ninguna declaración sobre el particular, si en Autos no se probó por quien lo afirmaba (la actora) que la venta de la parcela se ejecutó por el recurrente sin contar con su consentimiento expreso o tácito (art. 1214 CC). Por otra parte, la declaración de la Audiencia pugna con el principio general que presume siempre la buena fe en el obrar humano salvo prueba en contrario, porque presume que el recurrente obró ilegal o fraudulentamente, salvo que pruebe (precisamente él y no la parte contraria) que obró legalmente. En fin, es completamente erróneo que se haga un pronunciamiento condenatorio en el fallo, admitiendo en ejecución de sentencia su posible revocación mediante la realización de pruebas que inexcusablemente han de practicarse dentro del período que al efecto establece la ley. Los fallos se ejecutan, pero no pueden variarse ni modificarse en esa fase procesal, hasta el punto de que si así sucediese se casaría la resolución judicial (art. 1687.3.º LEC).

**En el recurso de casación no pueden introducirse nuevas pretensiones para evitar el quebrantamiento de los principios de contradicción y preclusión y para no producir indefensión a la contraparte.**—Negar gananciales a la ex-esposa porque, según el recurrente, hubiese abandonado el hogar conyugal diez años antes de la sentencia de divorcio (instado a solicitud suya), es una petición que se formula extemporáneamente en este recurso, pues no se hizo en los escritos expositivos del pleito, y es harto reiterada la doctrina de esta Sala de que en el recurso de casación no pueden introducirse para que se resuelvan pretensiones que no lo fueron en aquella fase procedimental, para no quebrantar los principios procesales de contradicción y preclusión ni producir indefensión a la parte contraria. (**STS de 2 de diciembre de 1997**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Cuatro años después de recaída la sentencia de divorcio, la ex-esposa demanda al ex-marido para que se proceda a inventariar, liquidar y adjudicar los bienes que integraban la sociedad de gananciales. La demanda es desestimada en primera instancia y par-

cialmente admitida en apelación, en cuya instancia se declara el carácter ganancial de una parcela, si bien se condiciona el fallo a que el demandado aporte posteriormente pruebas de que la vendió con el consentimiento de la esposa. El ex-marido interpone el recurso de casación, que es estimado en parte. (L. F. R. S.)

**61. Acción de reclamación de paternidad. Interpretación del artículo 135 CC y alcance de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.**—En orden a la interpretación del artículo 135 CC, es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la heredobiológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de la que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*, 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; 16 de julio de 1994). Y también es jurisprudencia 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 (ver S de 4 de julio de 1996), 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, o una probabilidad positiva de hasta del 99,8 por 100, la posición obstruccionista o, como aquí ocurre, la negativa a someterse a ella en el último momento, cuando hasta entonces (después de practicadas el resto de las pruebas) se admitía, 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 (véanse los consignados en el primer fundamento de esta sentencia), debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego, ocurriendo que cuando unas y otras pruebas, cuya apreciación y valoración corresponde al Tribunal de instancia, se presentan con plena lógica, no les alcanza la censura casacional (SS de 18 de febrero, 17 de marzo y 17 de junio de 1992; 18 de mayo de 1993; 16 de julio de 1994; y 8 de mayo de 1995). (STS de 12 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia de instancia como la de apelación son conformes de toda conformidad, declarando que el demandado es el padre de la actora, que ejercita acción de reclamación de paternidad. El demandado-condenado recurre en casación, recurso que es desestimado. (L. F. R. S.)

**62. Acción de reclamación de paternidad. La negativa del demandado a someterse a la prueba biológica no es suficiente por sí sola para determinar la filiación, sino que debe ir unida a la existencia de otras pruebas que convenzan de ésta al juzgador.**—La negativa a la prueba biológica no es una *facta confessio* de quien rehúsa someterse a la misma, sino una importante presunción de la maternidad o paternidad, que solamente se atribuirán judicialmente cuando, junto a ella, haya una prueba bastante que, apoyando la presunción, demuestre la existencia de relaciones, en el momento de la concepción, de las

partes en el litigio, y es lo cierto que, como anteriormente se ha dicho, la resolución recurrida, valorando la prueba, llega a la conclusión de la inexistencia de las mismas, extremo este fáctico que ni siquiera se ha intentado combatir, por lo que debe reputarse válida en esta vía de la casación. (STS de 19 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La recurrente en casación había demandado a un señor, reclamando la determinación de la filiación paterna extramatrimonial de su hijo. El demandado se negó a someterse a la realización de la prueba biológica, pese a lo cual, al no verificarse otras pruebas de la relación existente entre ambos adultos, se desestimaron tanto la demanda que originó el proceso como el posterior recurso de apelación interpuesto por la actora. El TS confirma la sentencia de apelación. (M. C. B.)

**63. Acción de reclamación de paternidad. Alcance del principio de presunción de inocencia.**—En relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, proclamado en el apartado 2 del artículo 24 CE, es de decir, siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras las SS de 30 de octubre de 1991 y 20 de diciembre de 1994, que semejante principio tiene como exclusivo alcance y efecto la no posibilidad de condenar sin darse pruebas eficientes para hacerlo, pero en manera impide que la condena se produzca en el caso que se aprecien aspectos probatorios, puesto que la mentada presunción implica que el acusado —en cualquier ámbito jurídico en que lo sea— no está obligado a probar su inocencia, pero deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora a partir del momento en que, en cuanto presunción *iuris tantum* que es, aparece probada la culpabilidad del acusado en cuestión.

**Interpretación del artículo 135 CC. Se establecen criterios amplios para que el Tribunal llegue al convencimiento de la paternidad del demandado.**—Por lo que respecta a la infracción del artículo 135 CC, la interpretación del mismo a la luz de la más reciente jurisprudencia de la Sala, vino a quedar compendiada en la doctrina recogida en la sentencia de 5 de abril de 1990, que declaró cuanto sigue: «Tras la reforma de los preceptos del código civil relativos a la filiación por la Ley de 13 de mayo de 1981 y en fiel concordancia con los principios sentados al efecto por la vigente Constitución española, se ha consolidado ya una conocida línea jurisprudencial, claramente superadora de anteriores actitudes restrictivas y formalistas, que proclama con acentuada unanimidad que los actuales artículos 127 y 135 CC establecen y propician una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos. Tal principio de libertad en la práctica de las pruebas y de razonable apreciación y valoración de las mismas por el juzgador tiende, en definitiva, a buscar el principio de verdad material en el proceso, para lo cual, resulta decisivo el último inciso del citado artículo 135, que alude a «otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo», frase que, sin duda, remita a pruebas indirectas que son de especial significación cuando no se dan los hechos base que específicamente menciona aquel precepto (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción)».

**Significación de la prohibición de la *reformatio in peius*.**—El principio de *reformatio in peius* significa, en definitiva, la prohibición de dictar contra el apelante, siendo único, un pronunciamiento que le sea más perjudicial que el contenido en la sentencia apelada, por ello, resulta ineludible la certeza y seguridad de que de la comparación entre los respectivos fallos de las sentencias se desprenda de manera inequívoca una situación agravada en la condena primeramente impuesta, lo cual, no acontece aquí, toda vez que no existe prueba alguna practicada acerca de los ingresos correspondientes al demandado-actual recurrente, y en este aspecto, la cuantía mensual de los mismos resultaría determinante para poder comprobar, automáticamente, si con arreglo al porcentaje del 15 por 100, la pensión a satisfacer sería inferior, igual o superior a la señalada en 30.000 pesetas. (STS de 17 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia de instancia como la de apelación, declaran probado que el demandado en un juicio declarativo sobre determinación de filiación no matrimonial de un menor de edad, es el padre del niño. La sentencia de instancia condena al demandado a pagar un porcentaje de sus ingresos en concepto de alimentos, porcentaje que es sustituido en apelación por una cantidad fija que el demandado-condenado estima más gravosa que la anterior. A continuación impone el recurso de casación, que es desestimado. (L. F. R. S.)

**64. Acción de reclamación de paternidad. Realización y valoración de la prueba biológica para determinarla. La prueba pericial ha de apreciarse y valorarse por el juzgador de instancia, a cuyo criterio debe estarse en vía casacional.**—Respecto de la denunciada vulneración del artículo 632 LEC, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala de que la apreciación y valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, a cuyo criterio debe estarse, ya que sujeto su proceso de valoración a las reglas de la sana crítica y no constatadas éstas en normas legales preestablecidas, tal criterio valorativo no puede ser sometido a revisión casacional, salvo que el mismo llegue a un resultado totalmente ilógico e irracional.

**La prueba biológica de paternidad constituye una prueba directa, si bien no plena y absoluta, a la que debe atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad.**—Dice la sentencia de 20 de mayo de 1991 que «la probanza biológica de la paternidad, que autoriza el artículo 39.2 CE y 127 CC, en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta, no obstante ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad, sobre todo, cuando sucede, como en la presente controversia, que dicho informe pericial ha sido emitido por un órgano técnico oficial, dotado de medio y eficacia, para su elaboración más exacta, cual es el Instituto Nacional de Toxicología, dependiente del Ministerio de Justicia —artículo 5.4 del Real Decreto de 11 de enero de 1991, por el que se determina la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, y artículo 505 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—». (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante en el proceso de instancia ejercita una acción de reclamación de paternidad de un niño, que ofrece como resultado la declaración de su paternidad, pese a no haber podido practicarse por causas no imputables al demandante ni al órgano la prueba biológica por aquél solicitada. Recurrida la sentencia del Juzgado competente por la demandada, se practica la prueba biológica en cuestión

para determinar la filiación del hijo, prueba que resulta positiva, por lo que la sentencia de apelación confirma la de instancia. La demandada recurre en casación denunciando una infracción formal del dictamen pericial, recurso que resulta ser desestimado. (*L. F. R. S.*)

**65. Acción de impugnación de paternidad. La ostentación de hecho de la guarda y custodia de un menor, sin constituir su tutela, no atribuye a quien la ostenta la condición de representante legal del mismo.**—En el aspecto de la legitimación que propugna el recurrente en punto a su necesaria intervención en el expediente, no tiene fundamento alguno la argumentación concerniente a que la tramitación de aquél, con el consecuente reconocimiento de la paternidad del menor, le privó de la posibilidad de ejercer el cargo de tutor para el que fue designado, y ello, porque tal «privación», en su caso, sólo al recurrente cabría imputar, pues si su hermana, en la cláusula segunda de su testamento, le designó como tutor de su hijo «para el caso de que se viese sometido a tutela», es claro que, a tenor del artículo 229 CC, se encontraba facultado para haber promovido la constitución de la tutela correspondiente a su sobrino, lo que no efectuó, ya que es hecho acreditado en las sentencias de instancia la no constancia de haberse constituido la tutela, y de aquí, la imposibilidad de atribuirle la calidad de «representante legal» del menor, con lo cual, en la relación existente entre tío-sobrino, la única condición que puede reconocerse al primero es la de ostentar de hecho la guarda y custodia del segundo, haciéndose cargo del cuidado, atención y educación del mismo, pero sólo en un sentido eminente y puramente fáctico.

**La ostentación de hecho de la guarda y custodia de un menor, al no suponer su representación legal, no legitima a quien la ostenta para invocar un «interés legítimo» ni la condición de interesado en el expediente de reclamación de la paternidad del menor por un tercero.**—Aun cuando la condición fáctica atribuida al Sr. F. de M., se interpretase en un sentido amplio en sus efectos y consecuencias, es indudable que, en ningún caso, permitiría configurarla o equipararla a un supuesto de representación legal, de manera, que la intervención del tan repetido señor en cualquier actuación judicial e, incluso, extrajudicial, que afectase al menor, debiese ser considerada como esencial y necesaria y presuuesto ineludible de su validez y eficacia, pero al no ser esto así, resulta evidente la imposibilidad de conferirle la posesión del «interés legítimo» que preconizan los artículos 346 y 349 del Reglamento del Registro Civil en punto a intervención en el expediente cuestionado y ser parte y oído en el mismo, ya que la atribución de la condición fáctica referida, está bien lejos de la posibilidad de considerarle afectado directamente en su «estado, bienes o derechos» por la incoación y tramitación del expediente tendente al reconocimiento de la paternidad del Sr. Durán Segorb en relación con su sobrino menor de edad. (**STS de 9 de octubre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Tras la muerte de su hermana, el recurrente había venido ejerciendo de hecho la guarda y custodia de su sobrino, aunque no había constituido su tutela legalmente. Sus pretensiones se basan en que se le reconozca portador de un interés legítimo para oponerse a un expediente de reclamación de paternidad del sobrino en el que se determinó la filiación paterna de éste. Tanto la sentencia dictada por el Juzgado en Primera Instancia, como la posterior recaída en el recurso de apelación desestiman las pretensiones del demandante, que recurre en casación, instancia en la que el TS desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia recurrida. (*L. F. R. S.*)



## DERECHO DE SUCESIONES

**66. Sustituciones fideicomisarias en cadena. Interpretación del testamento. La voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración.**—Siendo el testamento un negocio jurídico *mortis causa*, que se perfecciona con la emisión de voluntad del testador y despliega su eficacia en el momento de la muerte, la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento; y pensar en su voluntad real, por unos hechos posteriores a la muerte del testador, es ya caer en el absurdo.

**La función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley.**—Ha dicho con abrumadora reiteración la jurisprudencia de esta Sala que la función de interpretar el testamento es del Tribunal de instancia, no revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a Ley: así, SS, entre otras muchísimas, de 26 de julio, 20 de septiembre y 6 de octubre de 1994, 31 de diciembre de 1996 y 30 de enero de 1997; esta última dice (fundamento 2.º, párrafo 2.º): *es abrumadora la jurisprudencia acerca de que la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad que corresponde al juzgador de instancia; así es (SS de 5 de junio de 1978; 8 de febrero de 1980; 8 de junio de 1982; 29 de febrero y 9 de marzo de 1984; 29 de enero de 1985) y esa facultad soberana del Tribunal de instancia sólo tiene acceso a la casación de modo excepcional (S de 25 de abril de 1963), contiene un «muy manifiesto error» (SS de 11 de julio de 1964 y 18 de diciembre de 1965) es «desorbitada» (S de 19 de noviembre de 1964) o patentiza ese manifiesto error (SS de 10 de junio de 1964; 31 de marzo y 18 de diciembre de 1965) ya que en otro caso prevalece la interpretación de la instancia (SS de 30 de abril de 1981 y 17 de mayo de 1988).*

En el presente caso, la interpretación que han hecho las sentencias de instancia es absurda, ilógica y contraria directamente al artículo 675 CC. El testamento del fideicomitente es de fecha 16 de octubre de 1925 y falleció tres días después, el 19. El momento en que procede la interpretación no puede ser sino en estas fechas. En ellas, la heredera usufructuaria, fideicomisaria (y fiduciaria respecto a fideicomisarios posteriores) nombrada *nominatim* era doña María Asunción LL. C., esposa de don Luis E. V.: la separación de hecho se había producido años antes de otorgar aquel testamento; la disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del testamento y de la muerte del causante fideicomitente, en el año 1933.

**La interpretación de la voluntad del testador no puede depender de hechos intrascendentes para formar aquella voluntad.**—La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 CC la interpretación que hacen las sentencias de instancia se debe a que pretende averiguar la voluntad real del testador, en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habrían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. (STS de 29 de diciembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—El testador establece una serie de sustituciones fideicomisarias, en las que se concede el usufructo vitalicio de su patrimo-

nio hasta el último fideicomisario, con el siguiente orden: en primer lugar, su esposa; en segundo lugar, un señor al que había acogido como su propio hijo; en tercer lugar, a la esposa de éste, a la que designa con nombre y apellidos; en cuarto lugar, a la descendencia legítima de este último patrimonio y, en su ausencia, a su propia alma. Sin embargo, estos últimos cónyuges se separan de hecho en vida del testador que no cambia su testamento, y llegan a divorciarse años después de su muerte. El ex-marido contrae nuevo matrimonio del que nacen dos hijos. Llegado el momento en que la primera esposa accede a la herencia por muerte de su ex-marido, uno de los hijos de éste la demanda para que restituya los bienes de que ha entrado en posesión, alegando que el fideicomitente no la habría instituido de haber conocido el divorcio que se produjo y la existencia de descendencia con su segunda esposa. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación, admiten la demanda, pero son recurridas en casación por la primera esposa, instancia en la que se estima el recurso. (M. C. B.)

**67. Acción de petición de herencia. El consentimiento en el reconocimiento del hijo según la DT 5.<sup>a</sup> de la Ley de 13 de mayo de 1981 y el artículo 123 CC. Este consentimiento no se entiende producido por el ejercicio de la acción de petición de herencia.**—Es esta DT 5.<sup>a</sup>, de la Ley la que encauza la materia al permitir ese reconocimiento sobre quien en la precedente legislación no podía reconocerse por la sanción discriminatoria superada por la supranorma comunitaria; mas habrá de respetarse lo en aquella preceptuado, y así se establece que ese reconocimiento de un hijo, ilegítimo no natural según la legislación anterior surtirá todos sus efectos «siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que esta ley —la de 13 de mayo de 1981— exige» y que, en el caso de Autos se contienen en lo dispuesto en el artículo 123 CC, es decir, que el reconocimiento del hijo mayor de edad, no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

e) Que ese reconocimiento en escritura pública de 21 de enero de 1958, está disociado del citado consentimiento es evidente, por cuanto si bien la Transitoria habilita la aptitud de todo hijo «ilegítimo no natural» para recibir los efectos del acto de aceptación de paternidad de su progenitor al abolirse la normativa discriminatoria, se repite, para que se integre formalmente ese reconocimiento y surta la plenitud de efectos, se precisa ese consentimiento o acto voluntario que, en caso alguno, como entiende la Sala *a quo* se embebe en el mismo planteamiento de la acción, porque, según el *petitum* transcrito, esa voluntad del actor se encamina no a *consentir* su reconocimiento sino a que se le reconozcan los derechos sucesorios derivados.

f) Se refuerza lo anterior, porque si el estado civil que, en el sentir del actor, causa su *ratio petendi*, no puede olvidarse que el mismo proviene de aquel «reconocimiento en escritura pública», y que además no está inscrito en el Registro civil, por lo que la sanción del artículo 120 CC, es ineludible, es decir, dicha filiación no matrimonial, sólo quedará determinada legalmente, o por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente ante el Registro civil o por sentencia firme; vías todas que requieren una petición expresa del interesado con la observancia de citado artículo 123, bien a través de inscripción fuera de plazo en el Registro civil con la observancia del apartado III de la Circular de 2 de junio de 1981, o bien mediante sentencia judicial tras la acción correspondiente como

paso previo para su posterior inscripción registral; y así conforme al artículo 49 de la Ley de Registro Civil, el 187 de su Reglamento prescribe terminantemente: «No se puede inscribir el reconocimiento de un hijo mayor de edad sin su consentimiento expreso o tácito. La existencia de este último podrá comprobarse en expediente gubernativo. En conclusión, como no se ha formulado expresamente, esta petición de estado civil, ni ha precedido, en su caso, el cauce registral, no es posible acceder a lo solicitado». (STS de 15 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El hijo no matrimonial de un señor que lo había reconocido en escritura pública no inscrita en el Registro civil, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, reclama su parte en el haber hereditario de su padre, demandando a la nuera y nieta del mismo, al haber fallecido ya el hijo matrimonial del causante. El TS acoge el recurso de casación interpuesto por ambas mujeres contra la sentencia de apelación, dado que el peticionario de la herencia no había consentido en el reconocimiento que se efectuó en escritura pública, y el recurso es estimado. (M. C. B.)

## DERECHO MERCANTIL

**68. Propiedad industrial e intelectual. La ley aplicable es la vigente al constituirse el proceso, y no las que puedan haber entrado en vigor durante la tramitación del mismo.**—La Ley de Marcas de 1988 entró en vigor, en virtud de su DF 1.ª, el 12 de mayo de 1989, por lo que no es aplicable a ninguna de las situaciones y relaciones jurídicas que constituyen el objeto del proceso al que se contrae este recurso, porque, como ha declarado esta Sala en S de 16 de junio de 1993, refiriéndose a esta Ley de Marcas, «la demanda da lugar al nacimiento del proceso delimitando su objeto, sin que éste haya de verse afectado (*lite pende nihil innovetur*) por modificaciones legislativas que se produzcan durante su tramitación, pues el transcurso del tiempo necesario para que éste concluya y se dicte sentencia no debe alterar la situación inicial, salvo casos de retroactividad de grado máximo, hoy de muy dudosa constitucionalidad», agregando a continuación que la DT 2.ª de la Ley de Marcas «sólo establece una retroactividad de grado mínimo al referirse a los efectos que se produzcan posteriormente a su entrada en vigor, pero no a los derechos ya consumados». En sentido coincidente se pronuncia también la S de 12 de noviembre de 1993. No es, por tanto, al momento de dictar sentencia al que hay que estar para determinar la ley aplicable, como pretende el recurrente. El artículo 2.3 CC proclama el principio de irretroactividad de las leyes, por lo que si la ley nueva no dispone lo contrario, no tendrá efecto retroactivo, lo que significa que no es de aplicación a los hechos o actos producidos durante la vigencia de la norma antigua, como acontece en este caso.

**Una sola sentencia no constituye jurisprudencia.**—El artículo 1.6 CC, al disponer que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, considera tal a la doctrina que, de modo reiterado, establezca el TS al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, por lo que, para poder fundar el motivo de casación en la infracción de la jurisprudencia, es indispensable, como con insistencia viene declarando esta Sala (SS de 7 de mayo, 14 de junio, 15 de octubre y 31 de diciembre, todas de 1996, por citar algunas de las

más recientes), la cita de dos o más sentencias que resuelvan cuestiones análogas y siempre que la tesis sustentada constituya fundamento del fallo o *ratio decidendi*, y no un mero *obiter dictum*.

**Efectos frente a terceros del contrato de transmisión de derechos.**—Cuando, como en este caso, se transmiten ciertos derechos que, como consecuencia de un negocio anterior celebrado por el mismo transmitente con otros sujetos de derecho, se encuentran ya limitados, la segunda transmisión opera con las limitaciones derivadas del primer contrato por aplicación del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, de tal manera que el contratante posterior sólo podrá adquirir lo que se le pudo transmitir, proyectándose de este modo los efectos del contrato con anterioridad. El primer contrato de transmisión de determinados derechos repercute en el segundo, pero no en el sentido de crear obligaciones para las partes que intervienen en este último, sino sólo respecto al contenido de los derechos recibidos y al momento en que el adquirente podrá ejercitar los derechos, efecto éste que, conforme a la doctrina jurisprudencial citada, no contraviene lo dispuesto en el artículo 1257, y menos en el supuesto litigioso, cuando la limitación de los derechos transmitidos era conocida por la entidad adquirente en virtud de contrato posterior.

**Los brocardos o aforismos no son fuente del Derecho.**—Un aforismo jurídico no constituye fuente del derecho, ni el invocado en particular puede entenderse comprendido entre los principios generales del derecho (art. 1.4 CC), puesto que si bien tales principios a veces se formulan como aforismos jurídicos o reglas jurídicas, unos y otras, en la mayoría de los casos, no son la expresión de principios generales del derecho entendidos como los principios básicos del derecho legislado o consuetudinario o de la ciencia jurídica. (STS de 29 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un empresario societario que había sucedido a otro, demanda a otras dos sociedades que habían suscrito un contrato para la explotación de una serie de elementos y ordenadores cuya titularidad ostentaba la sociedad sustituida por la primera. Esta última, que era conocedora del contrato mencionado, demanda a las dos sociedades titulares de los derechos de explotación, por violación del derecho de marcas. Tanto la sentencia de instancia, como la de apelación desestiman la demanda en todos sus pedimentos salvo en uno, que queda firme. La sociedad sucesora interpone recurso de casación, que es desestimado. (M. C. B.)

**69. Seguro de daños. Principio de congruencia de la sentencia.**—Esta decisión es, ciertamente, congruente con las pretensiones deducidas por las partes porque para ello, como ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, los fallos no es necesario que se ajusten estrictamente a los términos literales en que las partes hayan fundado su pedimentos; basta con resolver en lo sustancial la cuestión litigiosa dentro de los límites del debate de acuerdo con las pretensiones de las partes siempre que se observe absoluto respeto para los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo, según el resultado de las pruebas (SS de 30 de junio de 1983, 13 de diciembre de 1985, 10 de junio de 1988, 8 de octubre de 1992, 15 de marzo y 24 de junio de 1993, entre otras).

**La doctrina de los actos propios no puede oponerse a los hechos declarados probados por la sentencia impugnada en casación.**—Lo manifestado en contra de esta declaración de hecho, no puede considerarse comprendido dentro de la doctrina de los actos propios, que exige que éstos han de vincular a su autor y para ello han de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor (SS de 27 de julio y 5 de noviembre de 1987, 15 de junio de 1989, 18 de enero de 1990, 4 de junio de 1992, 12 de abril de 1993, 31 de enero y 30 de octubre de 1995 y 16 de febrero de 1996, entre otras). Estas circunstancias no concurren en este caso, dado que la doctrina de los llamados actos propios no puede oponerse a los hechos declarados probados por la sentencia impugnada después de apreciar conjuntamente las pruebas practicadas y establecer sus propias conclusiones fácticas.

**La declaración de caducidad de la acción de impugnación ejercitada por la parte actora no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la determinación y fijación del dictamen del perito dirimente.**—La declaración de caducidad de la acción de impugnación ejercitada por la parte actora, no impide al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la determinación y fijación del dictamen del perito dirimente, que es lo que hace la sentencia de la Audiencia, por no ser del todo correcto dicho dictamen, emitido en el expediente de jurisdicción voluntaria, todo ello a fin de dar respuesta a la pretensión deducida por el demandado, ahora recurrente, en su demanda reconvenzional, en la que pidió se condene a la demandante al pago de la valoración efectuada por el perito dirimente.

**Imprudencia del abono del recargo del 20 por 100 anual de la indemnización por retraso en el pago de la misma, cuando la demora no es injustificada.**—Según también doctrina jurisprudencial, el recargo o incremento del 20 por 100 anual que establece el artículo 20 LCS, es una especie de multa penitencial que sólo puede exigirse cuando el impago de la indemnización correspondiente dentro del plazo de tres meses de la producción del siniestro, obedezca a causa no justificada o que fuera imputable al asegurador, habiéndose considerado también como una cláusula penal con tratamiento específico, o como un medio legal para evitar la morosidad injustificada en la liquidación y pago de un siniestro previamente asegurado (SS de 27 de septiembre, 10 de octubre, 4 y 15 de noviembre y 5 de diciembre, todas del año 1996, por citar sólo las más recientes).

**El plazo de treinta días para la impugnación por el asegurador del dictamen pericial establecido en el artículo 38.7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, es un plazo de caducidad y no de prescripción.**—El plazo de 30 días establecido en el artículo 38, párrafo séptimo, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, para que el asegurador pueda impugnar judicialmente el dictamen pericial emitido en acto de jurisdicción voluntaria, es desde luego un plazo de caducidad y no de prescripción, que no admite interrupción, de tal manera que el tiempo transcurre inexorablemente, y el poder o facultad que se atribuye al asegurador para impugnarlo, si no se ejercita dentro de plazo, queda extinguido *ipso iure*. (STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Producido el incendio de una discoteca que estaba asegurada contra estos acontecimientos, asegurador y asegurado acuerdan designar un perito para que tase los daños producidos. Al no estar conforme la compañía aseguradora con el dictamen pericial, lo recurre en primera instancia, obteniendo un fallo parcialmente favorable. Ambas partes

apelaron la sentencia y ambas partes también interponen contra la sentencia de apelación el recurso de casación, que se desestima. (L. F. R. S.)

**70. Contrato de seguro. Pago de póliza. Pago de recargo por demora.**—El pago efectuado por la asegurada a su corredor de seguros es un pago liberatorio a tenor del artículo 21 LCS. La aseguradora viene obligada al pago del interés del 20 por 100 anual de recargo, por impago indebido de la indemnización al asegurado, a partir de la fecha de la sentencia del TS, momento en el cual la sentencia recurrida deviene firme. Esto se deduce del artículo 20 LCS, con independencia de que el clausulado de la póliza reproduzca tal exigencia legal. (STS de 10 de noviembre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una compañía mercantil suscribió con una entidad aseguradora una póliza flotante de seguro. La compañía mercantil, que resulta siniestrada, procede al pago de las primas pendientes a través de una transferencia a su corredor de seguros, si bien esta cantidad no llega a poder de la aseguradora. La compañía mercantil demanda a la aseguradora para el pago de la correspondiente indemnización. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia. El TS casa parcialmente la sentencia de la Audiencia. (P. C. A.)

**71. Compraventa con tarjeta de crédito. El artículo 1967.4 CC no resulta aplicable al supuesto litigioso.**—Según el precepto invocado como infringido por el transcurso de tres años, prescriben las acciones para el cumplimiento de las acciones... 4.º La de abonar... a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que, siéndolo, se dediquen a distinto tráfico.

Aun entendiendo que la palabra mercader equivalga a comerciante y que éste pueda ser individual o social y que la sociedad dedicada a transportes es de distinto tráfico, es lo cierto que en el presente caso estamos, no ante una reclamación derivada propiamente de una venta de géneros, sino ante una reclamación que tiene su origen en un contrato de crédito; el que concede *Caesser a Transportes Portugal*, anticipando el gasoil o gasolina, que se paga por cuenta corriente y a tal figura contractual no le es aplicable el artículo 1967.4 CC, que tiene un ámbito distinto.

Además, la alegación de prescripción comporta para quien la opone demostrar cuál es el día inicial del cómputo del plazo (cualquiera que sea el aplicable) y se da la circunstancia que tras la presentación de la demanda, el actor reduce en un millón la cuantía de su reclamación, hecho que la propia demandada pone de relieve en su contestación y siendo esto así, es evidente que el plazo fue interrumpido y no ha acreditado la demandada el día del pago a cuenta, por lo que su alegada prescripción no puede prosperar.

La prescripción, por lo demás, instituto jurídico cuya finalidad es dar seguridad a las relaciones jurídicas, debe aplicarse muy restrictivamente, tras la demostración cumplida de concurrir todos sus requisitos. (STS de 6 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa de transportes contrata con una empresa de combustibles una serie de tarjetas de crédito para la compra del mismo. Presentados al pago los cargos correspondientes en la cuenta abierta al efecto, éstos no son atendidos, por lo que la empresa del car-

burante demanda a la transportista. Tanto la S de instancia, como la de apelación, aprecian una excepción de prescripción, que combate la actora en el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**72. Comisión mercantil. Requisitos. Culpa extracontractual.**—El contrato por el cual *Ferrovial, S. A.*, recibe instrucciones por parte de *Euzko, S. A.*, de pagar al *Banco Popular*, es un contrato de comisión mercantil. Habida cuenta la amplitud con que el Código de Comercio configura este contrato, cabe incluir en él el presente supuesto, referido a la realización de una actividad que opera al realizarse el encargo de pago asumido. Como quiera que *Ferrovial* no remite las letras que se había comprometido a enviar al *Banco Popular*, incurre en responsabilidad extracontractual frente a éste. (STS de 31 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Popular* concedió dos préstamos a la mercantil *Euzko, S. A.* Para garantizar el pago, y sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de *Euzko*, ésta se comprometió a entregar al *Banco* cualquier cantidad, letra de cambio o instrumento de pago que recibiera de *Ferrovial*, que era a su vez deudora de *Euzko*. *Euzko* se dirigió a *Ferrovial*, adjuntándole varias letras de cambio a fin de que *Ferrovial* «las endosara al *Banco Popular*, y remitiera a la citada entidad, una vez se encuentren debidamente aceptadas». En cambio, *Ferrovial* entrega las letras a otras entidades bancarias, e incluso a la propia libradora, que las utilizó como medio de pago. El *Banco Popular* interpone demanda contra *Euzko* y *Ferrovial*. El Juzgado de Primera Instancia condena al pago a *Euzko* y absuelve a *Ferrovial*. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y condena solidariamente al pago a *Ferrovial*. El TS desestima el recurso de casación. (P. C. A.)

**73. Contrato de distribución. Derecho de resarcimiento por la clientela.**—Como tiene establecido esta Sala (SSTS de 22 de marzo de 1988, 27 de mayo de 1993), el distribuidor en exclusiva tiene derecho a indemnización por daños y perjuicios causados, entre los cuales hay que incluir los relativos a la clientela, si la otra parte desiste unilateralmente del contrato sin justa causa. (STS de 15 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Aplicaciones Fitosanitarias, S. A.*, era distribuidora en exclusiva de la empresa *Ici-Zeltia, S. A.* Esta última desiste unilateralmente del contrato de distribución. La distribuidora interpone demanda frente a la referida entidad. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma el fallo de instancia. El TS desestima el recurso interpuesto por la demandada. (P. C. A.)

**74. Responsabilidad civil del Corredor de Comercio por la falsedad de una de las firmas estampadas en una póliza por él intervenida. La dispensa de la necesidad de la presencia física del Corredor en la intervención no le exonera de su obligación de cerciorarse de la autenticidad de las firmas.**—Si bien es cierto que el artículo 33 del Reglamento de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (en la redacción nueva que le dio el Decreto de 5 de diciembre de 1968, al suprimir la expresión «siempre en presencia del corredor», que utilizaba ese mismo precepto en su anterior redacción de 27 de mayo de 1959) no exige expresamente la presencia de los Corredores de Comercio en

el acto de la firma de las pólizas que ellos «intervienen», también lo es que el número 1.º del artículo 95 CCO, con carácter imperativo, impone a los Agentes colegiados la obligación de «asegurarse de la identidad y capacidad legal para contratar de las personas en cuyos negocios intervengan, y, en su caso, de la legitimidad de las firmas de los contratantes». Aunque no se les exija, por el antes referido precepto reglamentario, su presencia en el acto de la firma por los suscribientes de la póliza, ello no exime a los Corredores de Comercio del cumplimiento de la obligación legal e imperativa anteriormente dicha («asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes»), lo cual implica que dicho «aseguramiento» (como sinónimo de convicción) –cuya forma prácticamente única, dicho sea de paso, de inequívoca adquisición es la de presencia física (*de visis et auditis suis sensibus*)– podrá adquirirlo por otros medios (a través de algún dependiente suyo legalmente habilitado, por la confianza que le inspire la entidad bancaria que gestiona la suscripción de la póliza, etc.), pero no le dispensa, ni le libera, en modo alguno del cumplimiento de dicha obligación, máxime cuando la consecuencia esencial de esa legitimidad de las firmas de la póliza que la intervención acredita es la consecución de efectos ejecutivos a la póliza intervenida (número 6.º del artículo 1429 LEC), sin que sea necesario que los firmantes de la póliza reconozcan su firma a la presencia judicial, como ocurre con los documentos privados (número 2.º del citado precepto), ya que la legitimidad de las firmas está cubierta por la fe pública de la «intervención». Por tanto, si alguna de las firmas de la póliza intervenida luego resulta ser falsa (como es el caso que nos ocupa), ello patentiza que el Agente mediador, que realizó la intervención de la misma, actuó con negligencia profesional, al no cumplir adecuadamente (por los medios que él creyera oportunos, sin su presencia física) la ya tantas veces repetida e ineludible obligación legal de «asegurarse... de la legitimidad de las firmas de los contratantes», por lo que, obviamente, ha de responder civilmente de los daños y perjuicios causados con dicha negligencia profesional (art. 1902 CC), ello sin perjuicio de las acciones que le puedan corresponder contra aquéllos (su propio dependiente habilitado, el Banco que gestionó la suscripción de la póliza, etc.) que, ante él y sólo ante él (no frente a terceros), estarían obligados, por la confianza en ellos depositada, a cerciorarse de la legitimidad de las firmas, para que luego él pudiera cumplir su obligación legal de «asegurarse» de ello. De todo lo anteriormente razonado se desprende que la sentencia recurrida, al declarar la responsabilidad civil, compartida con otros, del demandado Agente de Cambio y Bolsa, en funciones de Corredor de Comercio, Sr. O. C., al resultar falsa una de las firmas de la póliza por él intervenida, no ha incurrido (la referida sentencia) en ninguna de las supuestas infracciones legales que se le imputan en este motivo, el cual, por lo tanto, ha de ser desestimado. (STS de 11 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un señor, junto con su hermano, falsifica la firma de su esposa en una póliza de préstamo bancario, en virtud de la cual, tras el impago de los correspondientes vencimientos, sale a pública subasta un piso de la propiedad de la esposa. Ésta demanda tanto a los falsificadores, como al Banco, a los adjudicatarios de la finca y al Corredor de Comercio que intervino la póliza. Siendo disconformes las sentencias de instancia y apelación, tanto la actora como el Corredor de Comercio interponen sendos recursos de casación, acumulados en esta sentencia y ambos desestimados. (M. C. B.)



**75. Contrato de remolque marítimo. Responsabilidad por daños.**—Nos encontramos ante el llamado contrato de remolque directo o transporte, en virtud del cual, el remolcador se obliga a desplazar por mar al remolcado, hasta el lugar convenido. Se trata de un contrato atípico. La principal norma existente en la materia es la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre Auxilios y Salvamentos. Se trata de una norma de carácter administrativo, que no resulta aplicable al caso, pues el objeto de la *litis* se centra en dirimir la responsabilidad del remolcado por daños causados al remolcador. Para ello, y a falta de régimen convencional, hay que acudir a las normas generales de responsabilidad contractual. (STS de 15 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Un buque remolcador sufrió diversos daños al remolcar a otro buque. Los daños fueron causados al introducirse en la hélice del primero unas estacas que colgaban del segundo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de responsabilidad por daños interpuesta por la entidad propietaria del buque remolcador. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la entidad propietaria del buque remolcado. (P. C. A.)

**76. Sociedad Anónima. Acción de impugnación de Junta y acuerdos sociales.**—El requisito establecido en el artículo 99 LSA, de aceptación por unanimidad de los asistentes a celebrar la Junta con carácter de Universal, ha de entenderse también referido a los asuntos sometidos a deliberación de la Junta, como tiene declarado esta Sala (STS de 29 de octubre de 1985), lo que no concurre en el caso de Autos. La Junta tiene el carácter de Junta General Extraordinaria, a la que resultan de aplicación las normas previstas para la Junta Ordinaria, como tiene establecido esta Sala (STS de 21 de octubre de 1994). Procede declarar la nulidad de la Junta y de los acuerdos adoptados, al incumplirse los plazos de preaviso exigidos en el artículo 97.1 de la Ley, y la exigencia de anunciar los asuntos que se van a tratar en la Junta (art. 97.2). En consecuencia, procede declarar la nulidad tanto de la Junta como de los acuerdos adoptados en ella. (STS de 23 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don Isidro, y otros accionistas de la mercantil *Almacenes Jurado, S. A.*, interponen demanda a fin de que se declare nula la Junta celebrada por esta entidad, así como los acuerdos de separación y nueva designación de los miembros del Consejo de Administración adoptados en ella. El Juez de Primera Instancia desestima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirma parcialmente el fallo de instancia. El TS admite el recurso de casación interpuesto por los demandantes. (P. C. A.)

**77. Sociedad de Responsabilidad Limitada. Acción social de responsabilidad contra socio-administrador.**—La remisión que efectuaba el artículo 11 de la anterior LSRL a lo dispuesto para los Administradores en LSA, implica que para el ejercicio de la acción social de responsabilidad hay que estar a lo prevenido en el artículo 134 LSA. En virtud de este precepto, para el ejercicio de tal acción hace falta el acuerdo de la mayoría. No resulta de aplicación el artículo 13.2 LSRL en relación con el artículo 17 del mismo cuerpo legal, que impediría en este caso la acción de responsabilidad contra el Administrador, por no concurrir en la mayoría la condición cualificada de representar las dos terceras partes

del capital. De entenderse de otro modo, no podría exigírsele responsabilidad al Administrador. (STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos don José, don Francisco y don Miguel constituyen una sociedad limitada. Don José, socio mayoritario con el 44 por 100 del capital suscrito, figura en los Estatutos sociales como Administrador-Gerente. Ante las desavenencias surgidas entre los socios minoritarios (con el 29 y 27 por 100 del capital suscrito, respectivamente) y don José por el funcionamiento de la sociedad, aquéllos acuerdan su destitución en el cargo en Junta celebrada al efecto, nombrándose a sí mismos Administradores mancomunados. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda interpuesta por don José. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por don José. (P. C. A.)

**78. Donación de acciones de una sociedad anónima con cláusula de reversión a favor de terceros. El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE exige la fundamentación de la sentencia.**—El derecho a la tutela judicial efectiva que encarna en el artículo de la Constitución se satisface, según constante doctrina del TC y jurisprudencia de esta Sala, con una resolución fundada en Derecho, lo que se traduce en que las resoluciones judiciales se apoyen en razones que permitan conocer a las partes cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que las han determinado. Ello hace inaceptable la argumentación recurrente, habida cuenta de la extensa fundamentación jurídica de la sentencia, propiciada por la complejidad de las cuestiones suscitadas, en la que se examinan cada una de las razones jurídicas en que se funda el recurso de apelación interpuesto, con profusión de citas legales y jurisprudenciales así como referencias a distintas posiciones doctrinales sobre estas materias.

**La reversión no se extiende a las acciones suscritas por el donatario por derecho de suscripción preferente y con cargo a su propio patrimonio.**—Tal pacto reversional, atendidos, se repite, los términos de la referida escritura pública, ha de limitarse a las repetidas mil novecientas cincuenta y tres acciones y las adquiridas por derecho de suscripción en ampliaciones de capital en que no haya sido necesario hacer desembolso alguno, pero no a aquellas otras que el donatario gravado de reversión haya adquirido, ejercitando el derecho de suscripción preferente que le asista aun siendo, como en este caso era, nudo propietario y con cargo a su patrimonio privativo; a falta de precepto expreso y de pacto que a ello le obligue, el donatario sujeto a reversión no viene compelido a destinar sus bienes a la adquisición, mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente, de nuevas acciones resultantes de posteriores ampliaciones de capital con destino a incrementar lo donado que ha de ser objeto de la reversión. (STS de 20 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora dona a uno de sus hijos la nuda propiedad de unas acciones y a otro el usufructo vitalicio de las mismas, disponiendo que a la muerte del nudo propietario la nuda propiedad de las acciones pasaría a los hijos del usufructuario. Muerto este último, y consolidado el dominio en el antes nudo propietario, se invierten las acciones en la compra de otras distintas de otras entidades bancarias, en ocasiones, en operaciones sucesivas. Los hijos del antiguo usufructuario reclaman su derecho de reversión, tanto sobre las primitivas

acciones, como sobre las adquiridas a su costa. Su demanda se desestima en primera instancia y en apelación, por lo que interponen el recurso de casación, que también es desestimado. (L. F. R. S.)

**79. Pignoración de imposiciones bancarias a plazo. Ejecución separada en la quiebra.**—Como tiene establecido la Sala (SSTS de 28 de noviembre de 1896, 20 de enero de 1915, 1 de octubre de 1925, de 19 de septiembre de 1987), en las imposiciones bancarias de dinero a plazo fijo no existe un depósito propiamente dicho, sino que el banco deviene propietario de la cantidad, obligándose a restituir el *tantundem* al vencer el plazo. El impositor ostenta un derecho de crédito contra el banco, que puede pignorar. A pesar de la quiebra o suspensión de pagos del impositor, subsiste la pignoración (STS de 26 de junio de 1945). Los créditos pignorados no integran la masa de la quiebra y pueden ser ejecutados separadamente de acuerdo con el artículo 918 CCO. (STS de 7 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—En 1988, un banco concede a una sociedad mercantil un préstamo de 100 millones de pesetas. Dos meses más tarde, mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio, la prestataria pignora en favor del banco dos imposiciones a plazo que había constituido en dicha entidad por valor de 100 millones de pesetas. En julio de 1989, el Juzgado de Primera Instancia de Palma declaró en estado de quiebra voluntaria a la prestataria. Con posterioridad, la Sindicatura de la Quiebra se dirige al banco para que reintegre en la masa activa de la quiebra los 100 millones depositados en las imposiciones a plazo. El Juzgado de Primera Instancia admite la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el banco.

NOTA.—La presente sentencia marca, junto con la dictada el 19 de abril de 1997, una nueva línea de interpretación en el TS. Hasta la fecha, nuestro Alto Tribunal no reconocía la posibilidad de pignorar el crédito reparatorio del impositor bancario (SSTS de 27 de diciembre de 1985, 18 de julio y 28 de noviembre de 1989). Admitida la pignoración, la doctrina ahora sentada permite la ejecución separada de la prenda. A tales efectos opera compensación, pero el TS matiza que no se trata de una compensación en la quiebra (lo que sigue manteniendo inadmisibles), sino que la compensación tiene lugar por ser la vía de ejecución de la garantía prendaria. (Para un estudio del alcance de la nueva doctrina *vid* Pantaleón, «Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador español», *La Ley*, noviembre 1997, núm. 4421; Fínez, «Comentario a la STS de 19 de abril de 1997», *CCJC*, abril-junio 1997, pp. 933 ss.). (P. C. A.)

**80. Juicio de quiebra. Acumulación de Autos.**—En el caso presente, el problema de acumular los Autos de un juicio declarativo de menor cuantía al juicio universal de quiebra, se resuelve en que en aquél también se sigue acción de reclamación de responsabilidad del Administrador de la empresa quebrada. El impedimento para la acumulación se basa en la exclusión del procedimiento de quiebra de todos aquellos que no hayan sido declarados en tal situación, evitando que su patrimonio se confunda con el del quebrado. No obstante, el ejercicio conjunto de la acción contra el quebrado y la de responsabilidad contra el Adminis-

trador puede llegar a producir fraudes procesales. Para evitar tales efectos, procede la acumulación de Autos. (STS de 4 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia de Elche, ante el que se siguen los Autos del juicio universal de quiebra voluntaria promovidos por la mercantil *F. A., S. L.*, decretó la acumulación a dicho juicio, entre otros, de los Autos del juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad seguidos contra la empresa quebrada ante el Juzgado de Primera Instancia de Lorca. Este Juzgado denegó la acumulación de Autos solicitada. Ante el TS se plantea cuestión de competencia para dirimir si procede o no la acumulación. (P. C. A.)

## DERECHO PROCESAL

**81. La determinación de costas procesales es susceptible de casación.**—Una obsoleta y ya superada jurisprudencia del TS afirmaba que no era posible el control casacional de la condena en costas efectuada en las instancias. Sin embargo, el TS afirma que la modificación introducida en el artículo 523 LEC por las reformas de las Leyes 34/1984 y 10/1992 ha decantado la situación, dando un giro copernicano hacia el extremo contrario, hasta el punto de permitir, a través del cauce procesal establecido en el artículo 1692.4 de dicha Ley procedimental, el amparo casacional de una posible infracción de las normas relativas a la imposición de las costas procesales, sobre todo teniendo en cuenta la gran utilidad que se puede derivar de una jurisprudencia que afecta a una materia de tanta significación práctica.

**Inicio del devengo de intereses en las resoluciones de condena al pago de cantidades líquidas.**—Cuando la resolución condena al pago de una cantidad líquida, ésta devengará en favor del acreedor desde que aquella fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada. Así, STS de 17 de marzo de 1987. (STS de 16 de octubre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.— El día 3 de agosto de 1990 una revista publicó una noticia según la cual el demandante había cerrado sus hoteles en la costa catalana y estaba abriendo otros en Túnez. Interpuesta demanda solicitando que se condenara a los demandados a reparar el daño causado por intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, el Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el sentido de modificar la cuantía de la indemnización, y de condenar a los demandados al pago de las costas de la primera instancia. Además, parece ser que la sentencia de la Audiencia consideró que el devengo de intereses de esta cuantía empezaba desde que la sentencia de primera instancia fijó su cantidad de condena. El TS estimó un solo motivo del recurso de casación interpuesto por los demandados: casó la imposición de las costas procesales. (J. M. B. S.)

**82. Error judicial.**—La regulación legal de esta figura en los artículos 292 a 297 LOPJ, se centra únicamente en los presupuestos procesales y en la forma que debe observarse a fin de obtener de los Tribunales, en este caso del TS, una declaración de error judicial, base posterior de una demanda de responsabilidad

civil patrimonial contra el Estado, no así en la determinación sustantiva de qué deba entenderse por tal error; laguna ésta que ha venido colmada por la doctrina elaborada por el TS, según la cual: *a)* «incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos, o en la interpretación y aplicación de la Ley, así, cuando el Tribunal parte de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido materia del debate, cuando se aplican unas normas inexistentes o interpretadas y aplicadas fuera de su sentido o alcance, generando una resolución esperpéntica y absurda, que rompe la armonía del orden jurídico»; *b)* que «no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible» (SSTS de 31 de enero y 6 de diciembre de 1995, 11 de enero y 6 y 12 de marzo de 1997, entre otras muchas), y *c)* la ruptura de la armonía del orden jurídico y el desorden que ello introduce «origina, en su caso, el deber del Estado de indemnizar sin necesidad de que sea declarada la responsabilidad del juzgador». (STS de 11 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

**HECHOS.**—La demandante, doña María Teresa R. R., había obtenido el derecho a litigar con el beneficio de justicia gratuita en el proceso de separación matrimonial que inició con su esposo. En dicho proceso recayó sentencia de primera instancia, que fue recurrida, decretándose finalmente la separación judicial. Solicitada su ejecución, se acordó citar a las partes para hacer inventario de los bienes, y al no ponerse de acuerdo, se inició un proceso declarativo en el que se dictó sentencia en primera instancia, que fue recurrida por la ahora demandante en casación y confirmada por la Audiencia Provincial de La Coruña, condenándose a ésta al pago de las costas causadas. Aprobada, a pesar de la impugnación de la demandante la tasación de costas del proceso declarativo, se declaró la obligación de ésta de pago de las mismas. Instada su ejecución, se promovió la cuestión incidental de previo y especial pronunciamiento solicitando que se declarara que el derecho de la demandante a litigar gratuitamente contra su esposo se extiende y alcanza al recurso de apelación interpuesto en el proceso declarativo. Contestada la demanda, la Audiencia Provincial de La Coruña la desestimó en sentencia de fecha 9 de octubre de 1995. Contra esta sentencia se presentó escrito ante el TS conforme al artículo 293 LOPJ en el que se solicitaba la declaración de error judicial, declarando este Tribunal no haber lugar al mismo.

**NOTA.**—En la presente sentencia se reitera la doctrina jurisprudencial sobre el error judicial; doctrina que viene representada por afirmaciones que se repiten casi literalmente, ejemplos de ello son resoluciones citadas al principio, en las sentencias dictadas por el TS en relación a este tema, en las que se pone de manifiesto, como elementos de este error, la existencia de datos indiscutibles (fácticos o jurídicos) y fundamentales para la resolución de la cuestión litigiosa que son desatendidos absolutamente por el juzgador, dando lugar a una resolución injustificada y absurda que rompe la armonía del orden jurídico, con la consiguiente obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los daños y perjuicios causados con independencia de la culpa del juzgador.

En nuestro caso, la alegación de error judicial se pretende fundamentar en el hecho de que la Audiencia Provincial de La Coruña, cuya resolución es la que agota los recursos previstos en el ordenamiento tal como exige el artículo 293.1.f) LOPJ, no ha extendido el beneficio de justicia gratuita obtenido en un pleito de separación conyugal al proceso declarativo en el que derivó aquél. Sin embargo, y en ello estamos de acuerdo con la resolución dictada, en este caso no procede aplicar la doctrina antes señalada puesto que el Tribunal tuvo en cuenta para dictar su resolución tanto los hechos alegados y probados como la normativa legal aplicable al caso (antiguo art. 32 LEC), llegando al convencimiento, y ése fue el sentido de su resolución, de que el beneficio de justicia gratuita obtenido en el primer proceso, el de separación, no puede ser utilizado en otro distinto como es el ordinario de menor cuantía, por tanto, como se afirma, la decisión judicial tiene un indiscutible fundamento legal, aunque quepan otras interpretaciones de los hechos y de las normas distintas de la acogida por el Tribunal, lo que debe combatirse por medio de los recursos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes, pero no por medio del error judicial, pues ello confundiría a este procedimiento con una nueva instancia para traer de nuevo a debate una cuestión ya decidida y resuelta por el órgano jurisdiccional de instancia. (A. G. C.)

**83. Lugar de cumplimiento de las obligaciones.**—Ante la inexistencia de lugar prefijado para el cumplimiento de las obligaciones, el código civil es claro (arts. 1170 y 1500), al igual que la jurisprudencia (SSTS de 22 de febrero de 1980, 19 de enero de 1981, 2 de noviembre de 1984, 16 de abril de 1985, 26 de abril de 1986...), al establecerlo en el lugar de la entrega de la mercancía. La realización del transporte de las mismas «a portes pagados» lleva a asumir el riesgo el vendedor hasta la entrega en el domicilio del comprador.

**Competencia.**—El fuero principal será el del domicilio del comprador, y por tanto éste conocerá como Juzgado competente. La existencia de sentencia por parte de diferente Juzgado no debe implicar incompetencia por parte de aquél que lo es (siempre que la cuestión de competencia se plantee en tiempo oportuno). (STS de 5 de septiembre de 1997; ha lugar.)

**HECHOS.**—La entidad mercantil *Tequisa* mantiene relaciones comerciales con la entidad *Frigoríficos Almanzora*, consistentes en el suministro por vía terrestre de mercancías que son transportadas hasta los almacenes de la misma en Castellón, donde son recibidas por un empleado que firma la conformidad. Se incumple el pago del precio y la entidad *Tequisa* presenta demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Vigo, declarándose en rebeldía la demandada y dictándose sentencia condenando a la misma. Antes del pronunciamiento de dicha sentencia, la demandada se persona en el Juzgado de Primera Instancia de Castellón, planteando cuestión de competencia por inhibitoria, y considerándose como competentes, debido a que la mercancía viaja a «portes pagados». Tras notificarlo al Juzgado de Vigo, reciben telegrama del mismo informando de que ya recayó sentencia condenatoria para surtir los efectos oportunos. Tras estimar el recurso de reposición

interpuesto por *Frigoríficos Almanzora*, se declara competente y se remiten las actuaciones a la Sala de lo Civil del TS. (P. S. S.)

**84. Competencia territorial.**—La asignación de la competencia derivada de la DT 9.<sup>a</sup> de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad de 20 de marzo de 1986, unido a la aparición de los Tribunales Superiores de Justicia (en funcionamiento desde mayo de 1989) da lugar a la aparición del conflicto en materia de competencia. El TS es definidor al afirmar con rotundidad que la aplicación de dicha DT, así como la del artículo 125.2 de la misma Ley de Patentes, serían vigentes en supuestos acaecidos con anterioridad a la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia.

Asimismo, los principios que rigen la competencia territorial se inspiran, más que por el orden público, por razones de oportunidad legal, en el sentido de que «el órgano designado pueda ejercer jurisdicción del grado conveniente». Con ello se deberá evitar la iniciación de un nuevo proceso, el «peregrinaje procesal». (STS de 4 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Se solicita por parte de la compañía *Warsteiner*, en el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria, la nulidad del registro de la marca de la demandada, con expresa imposición de costas, contestando la respectiva a la demanda fundamentándose en excepción de falta de competencia funcional, y subsidiariamente con falta de legitimación activa de la actora, recayendo sentencia en primera instancia a favor de la actora, desestimando las excepciones interpuestas y declarando la nulidad del registro de la referida marca.

Se interpone recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Las Palmas lo estima parcialmente, revocando la resolución recurrida y aplicando el Real Decreto 1236/1927 que reconoce la competencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz en iguales términos que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de las Palmas. Se recurre la sentencia por parte de la entidad *Warsteiner* por infracción de la DT de la Ley de Patentes y su artículo 125.2, relegando el mencionado Real Decreto a dato de interés meramente histórico, aplicando la DT de la Ley de Patentes al supuesto concreto, designando a la Audiencia Territorial de Las Palmas. (P. S. S.)

**85. Ausencia de firma en una obligación contraída por escrito. Fotocopias no averadas ni cotejadas con sus originales.**—Para la validez de una obligación que ha sido contraída por escrito es esencial la firma de la persona o personas que hayan de resultar obligadas, o de otras en su nombre, pues dicha firma supone la gráfica exteriorización del consentimiento dado por los contratantes a un contenido documental (SSTS de 2 de octubre de 1980 y 17 de febrero de 1992). En este sentido, cuando se reconoce una firma, dicho reconocimiento «lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque al integrarse en el documento, lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa». A mayor abundamiento, y siendo el documento no firmado que se aporta como prueba una fotocopia, hay que señalar que «las fotocopias no averadas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria

respecto de su contenido» (SSTS de 23 de mayo de 1985, 13 de octubre de 1987 y 20 de abril de 1993). (STS de 23 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don Francisco C. M. interpuso contra *Lloyd Adriático España, S. A., Compañía de Seguros y Reaseguros*, demanda sobre reclamación de cumplimiento de contrato en juicio declarativo de menor cuantía. Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la demandada al pago de la cantidad solicitada, más los intereses legales correspondientes y las costas causadas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Granada la revocó, absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados contra la misma. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo, casó la sentencia recurrida y confirmó íntegramente la de primera instancia.

NOTA.—En la presente sentencia, la controversia fundamental, y casi única, se centra en la admisión como prueba por parte de la Audiencia Provincial de Granada de una fotocopia de una solicitud de seguro de todo riesgo aportada en Autos por la sociedad demandada, en la que no aparecía la firma del demandante; documento en el que aquel Tribunal basó el fallo de la sentencia que dictó en apelación, cambiando el sentido de la recaída en primera instancia.

En realidad, y aunque del texto de la sentencia parece desprenderse otra cosa, la declaración que decide el fallo es la de que «para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre», reiterando con ello la doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias que cita. El problema no es que la firma no haya sido reconocida o que «las fotocopias no verdaderas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido», pues, desde el momento en que no hay firma, ni es posible su reconocimiento ni tiene interés alguno que el documento sea original o una fotocopia, haya sido o no verdadera o cotejada. Por ello, estas últimas afirmaciones deben entenderse como *obiter dicta*, siendo la *ratio decidendi* del caso la ausencia de firma, pues tal como señaló la STS de 2 de octubre de 1980, citada en la sentencia que anotamos, ante la ausencia de firma en una obligación contraída por escrito «mal puede tenerse por acaecida la conjunción o concordancia de voluntades a los efectos del núm. 1.º del artículo 1261 del referido código y por lo tanto para que surja el consentimiento como requisito o elemento básico del negocio bilateral». (A. G. C.)

**86. Arbitraje. Diferencias entre la excepción de cosa juzgada y de falta de jurisdicción.**—Cuando entre dos partes existe un convenio arbitral para la resolución de una cuestión litigiosa, si una de ellas plantea esa misma cuestión ante un órgano jurisdiccional, existe incompetencia de jurisdicción a la que se refiere el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Sin embargo, cuando la cuestión ha sido ya resuelta por el oportuno laudo arbitral firme (cuyos efectos se recogen en el art. 37 de la Ley de Arbitraje), sometida la resolución a un órgano jurisdiccional, éste ha de apreciar la excepción de cosa juzgada.



**Comparecencia de los artículos 691 a 693 LEC.**—Una de las finalidades institucionales de la comparecencia regulada en los artículos 691 a 693 LEC «es la de subsanar, en dicho momento, los defectos procesales subsanables, en evitación de que, por falta de subsanación, después de haberse tramitado todo el proceso, haya de dictarse una sentencia absolutoria de la instancia, dejando imprejuzgada la acción, con la consiguiente necesidad de volver a ejercitar la misma en un nuevo proceso».

Las tres identidades que condicionan inexcusablemente la viabilidad de la excepción de cosa juzgada (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*), no pueden apreciarse en el momento de la comparecencia previa en menor cuantía, sino que es necesario que se tramite todo el proceso para poder valorar si concurren o no las referidas identidades, y por ello su resolución ha de ser en la sentencia.

La negativa del Juez de Primera Instancia a tramitar la reconvencción formulada por la parte demandada, al estimar la excepción de falta de jurisdicción alegada por el demandado reconvenicional (cuando la que correspondía, en cualquier caso, era la de cosa juzgada por los argumentos anteriormente expuestos), además de constituir una infracción de las normas procesales, causa en la parte demandada una evidente indefensión, así como lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, es necesario reponer las actuaciones al momento de la comparecencia celebrada por el Juzgado de Primera Instancia conforme a los artículos 691 a 693 LEC y, a partir de ella, sustanciar por todos los trámites la reconvencción formulada por el demandado.

**Ejecución del laudo arbitral.**—El laudo arbitral no es ejecutable mientras el mismo no sea firme (al igual que ocurre con toda sentencia), «no siendo susceptible de ejecución provisional, según se deduce claramente de lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988». Una interpretación lógica y racional de la cláusula penal contenida en el convenio arbitral hubiera conducido a la conclusión de que la misma no puede desenvolver su eficacia sancionadora hasta que el laudo no hubiese adquirido firmeza, esto es, hasta la fecha en la cual la Audiencia Provincial resolvió el recurso de anulación interpuesto contra el mismo, y no desde que éste se dictó. (STS de 17 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Edificaciones Z., S. A.*, y don Juan U. O., decidieron someter a arbitraje la resolución de las diferencias surgidas entre ellos como consecuencia de la realización de ciertas obras de mejora sobre un bien propiedad de don Juan. Dicho convenio arbitral, de fecha 22 de octubre de 1990, contenía además una cláusula en virtud de la cual se preveía que, si en el plazo de quince días a contar desde que se dictase el laudo no se realizaba el correspondiente pago por la parte que resultase deudora, debería ésta abonar además un interés de demora del 18 por 100 anual, así como otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. El laudo de fecha 7 de diciembre de 1990 y protocolizado por escritura pública el 10 de diciembre de 1990, determinó ser don Juan U. O. el obligado al pago de la cantidad de 9.366.750 pesetas. Contra el referido laudo, interpuso don Juan recurso de anulación que, por sentencia de 5 de febrero de 1992, fue desestimado por la Audiencia. Por conducto notarial el día 20 de febrero de 1992 procedió don Juan al pago a *E. Z., S. A.*

La representación de *Edificaciones Z., S. A.*, demandó a don Juan U. O., solicitando que se le condenase al pago de la suma prevista en la cláusula anteriormente referida. La parte demandada formuló demanda reconvenzional, entre cuyos pedimentos se encontraba una reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios. Desestimadas ambas en primera instancia, la Audiencia Provincial, estimó la demanda principal y desestimó la reconvencción por entender que la misma versaba sobre extremos resueltos ya por el laudo arbitral. Interpuesto recurso de casación por la representación de don Juan, el TS estimó el recurso y mandó reponer las actuaciones a la comparecencia celebrada por el Juzgado de Primera Instancia, y a partir de ella sustanciar por sus trámites legales la demanda reconvenzional formulada por don Juan, así como dictar la sentencia que fuera procedente en Derecho solamente con respecto a la reconvencción. (*R. D. O.*)

**87. Incongruencia de sentencia.**—El artículo 359 LEC exige que las sentencias sean «claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito», lo que, conforme a la doctrina del TS, «viene representado por la necesaria concordancia entre las peticiones contenidas en las súplicas de los escritos rectores del litigio y los fallos decisivos, no siendo lícito a los juzgadores modificar, alterar y menos sustituir ni la causa de pedir ni las cuestiones debatidas por otras que no se plantearon en el marco de un concreto juicio» (STS de 3 de marzo de 1992, que sigue el criterio de las de 8 de julio de 1993 y 2 de diciembre de 1994). Sin embargo, esta concordancia ha de estar presidida por un criterio de flexibilidad y adecuación sustancial. Así, el juzgador puede aplicar normas distintas de las invocadas por las partes conforme a los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, aunque esta facultad «estará condicionada al *componente fáctico esencial de la acción ejercitada*», estimándose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como a la inalterabilidad de la *causa petendi*, pues en otro caso se quebraría el principio de contradicción y, por consiguiente, el derecho de defensa». (STS de 6 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Sedes, S. A.*, interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de declaración de derechos contra la «Comunidad de Propietarios de la finca sita en la calle Monasterio de Usún, núm. 1, de Pamplona». Contestada la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la desestimó, imponiendo las costas a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Navarra estimó parcialmente el recurso interpuesto y con estimación parcial de la demanda declaró el derecho de la actora a la reparación de la chimenea con que cuenta el local sito en la calle Monasterio de Usún, núm. 1, y ordenando a la Comunidad a consentir dichas obras. Interpuesto recurso de casación por parte de dicha Comunidad, el TS declaró haber lugar al mismo, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—En la presente sentencia se reitera la doctrina jurisprudencia sobre el deber que recae sobre el juzgador, límite al ejercicio de su función jurisdiccional, de que el fallo de la sentencia sea congruente con las demandas y demás pretensiones que deduzcan las partes durante el proceso. Este deber encuentra su fundamento en dos

principios esenciales del proceso civil: el principio dispositivo y el principio de contradicción. El primero, poco referido por el TS en esta sede, viene a exigir que el ejercicio judicial de los derechos sea iniciado o instado por quien tenga legitimidad para ello, sin que pueda concederse por el órgano judicial aquello que no se ha pedido o algo distinto de lo pedido; el segundo de los principios pretende evitar, en esta sede, que una parte del proceso pueda ser perjudicada por una decisión judicial sin haber tenido la oportunidad de defenderse, vulnerando con ello su derecho de defensa (art. 24 CE; *vid.* SSTC de 23 de abril de 1990 y 25 de febrero de 1991, entre otras).

La sentencia que anotamos declaró conculcado el deber de congruencia por la resolución dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Navarra, pues se había ejercitado una acción confesoria de signo aparente de servidumbre y, con su apoyo, se pidió la declaración del derecho de la actora a reparar una chimenea o, subsidiariamente, a colocar una nueva en su lugar, y el fallo declaró el derecho de la actora a dicho arreglo, pero sin la procedencia de manifestar la existencia de gravamen alguno, basándose en los artículos 396 CC y concordantes de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, lo que supuso la vulneración del deber de congruencia, pues se modificó lo que la sentencia dictada en casación denomina «*componente fáctico esencial de la acción ejercitada*», constituido por los hechos alegados y probados por las partes y por la *causa petendi*, quebrantando con ello, como dice la sentencia, el principio de contradicción y el derecho de defensa, pero también, aunque no lo diga, el principio dispositivo que rige el proceso civil. (A. G. C.)

**88. Ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad. Normas con rango de Ley.**—Los límites objetivos de la cuestión como procedimiento de declaración de inconstitucionalidad se encuentran contenidos en el propio artículo 103 CE, refiriéndola a «normas con rango de Ley», como correlativamente repite el artículo 55 LOTC y el artículo 5.2 LOPJ. Así, pues, aquellas disposiciones de rango inferior serán desaplicadas por los Tribunales si son contrarias a la CE o a la ley, según determina expresamente el artículo 6 LOPJ: «Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley, o al principio de jerarquía normativa».

El hecho de que la cuantía de las indemnizaciones se haya fijado conforme a lo dispuesto por la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, no permite afirmar que sea viable la cuestión de inconstitucionalidad ni que nos encontremos ante el supuesto del artículo 6 LOPJ anteriormente transcrito, ya que la remisión a la Orden forma parte del contenido del contrato, y los criterios y baremos en ella contenidos fueron asumidos contractualmente por las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como clausulado del contrato. Su aplicación no deriva de su naturaleza de derecho objetivo, sino de su carácter contractual y, por tanto, ser «ley» entre las partes (art. 1257 CC).

**Reforma de los artículos 460 ss. LEC. Carácter facultativo de la conciliación previa.**—Tras la reforma introducida por la Novela 34/1984, de 6 de agosto, la conciliación, como cuestión preprocesal —pero jurisdiccional— ha pasado de ser de carácter obligatorio, sin cuyo intento previo la demanda era inadmisibile, a convertirse en un acto potestativo del actor. En este supuesto, la obligación de

acudir en conciliación previa tiene su origen no en la ley sino en los contratos suscritos entre los demandantes y la entidad demandada, en los que además se definía la Comisión mixta que conocería de las conciliaciones.

**Imprecisión en la alegación del artículo 1281 CC.**—El TS tiene declarado en reiterada jurisprudencia (SS de 1 de marzo de 1993, 4 de julio y 30 de diciembre de 1997), que los recurrentes en casación, cuando alegan la infracción del artículo 1281, como en el caso que nos ocupa, «han de fijar el párrafo del artículo que se dice vulnerado» siendo inapropiadas apreciaciones subjetivas sobre «la aplicación de la equidad y la equivalencia de prestaciones» (FJ 4.º). (**STS de 1 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

**HECHOS.**—Un colectivo de médicos demanda a la entidad *A. U. L., S. A., de Seguros y Reaseguros*, con la que individualmente tenían suscritos contratos de arrendamientos de servicios. Se reclamaba el pago de distintas cantidades, en concepto de indemnización por finalización de los servicios ante una progresiva disminución del número de asegurados-prestatarios de los servicios médicos, cantidades que habían sido fijadas conforme a los criterios establecidos en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, por remisión que a la misma hacía la cláusula octava de los respectivos contratos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, fallo que es confirmado por la Audiencia Provincial en la resolución del recurso de apelación que contra la misma se interpuso. La representación de la entidad *A. U. L., S. A., de Seguros y Reaseguros*, interpuso recurso de casación y, como cuestión previa al mismo, solicitó del TS la formulación ante el TC de «cuestión de inconstitucionalidad» en relación con la Orden de 14 de enero de 1964. (*R. D. O.*)

