

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LII, FASCÍCULO II

Abril-junio, 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 Bms. VALLET DE GOYTISOLO: «Contribución de la “Wertungsjurisprudenz” a la ciencia del Derecho y a su metodología».....	547
José María MIQUEL GONZÁLEZ: «Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia»	565
Margarita JIMÉNEZ HORWITZ: «La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil»	597
Pedro ROBLES LATORRE: «La subsidiariedad en la acción pauliana»	663
Margarita CASTILLA BAREA: «Aproximación al régimen de pago a proveedores: artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista»	705

Bibliografía

LIBROS

- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos», por Fernando Morillo González 791
- GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo: «Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad», por María Susana Quicios Molina 793
- JEREZ DELGADO, Carmen: «Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)», por Alma María Rodríguez Guitián 797
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «El contrato bancario de cajas de seguridad», por Alfonso González Gozalo 802

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, José María BECH SERRAT, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ 807

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAIN, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS y Encarna SERNA MEROÑO 849

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 11

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 II
Abril-junio, 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.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Contribución de la «Wertungsjurisprudenz» a la ciencia del Derecho y a su metodología

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Las líneas fundamentales de la Wertungsjurisprudenz y la confluencia en ella de diversas corrientes superadoras del positivismo:* a) Su relacionismo valorativo. b) Los principios supra legales. c) La «*Natur der Sache*».—II. *Otros elementos instrumentales aportados a la ciencia del derecho por la Wertungsjurisprudenz:* a) El concepto general-concreto. b) La noción de «tipo» y el consecuente razonamiento tipológico. c) Las pautas de valor. d) Las estructuras lógico-reales. e) La concreción jurídica. f) Las nociones de «precomprensión» y de «círculo hermenéutico».

I. **LAS LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LA WERTUNGSJURISPRUDENZ Y LA CONFLUENCIA EN ELLA DE DIVERSAS CORRIENTES SUPERADORAS DEL POSITIVISMO**

Hacia la jurisprudencia valorativa confluyeron la jurisprudencia de intereses, una vez llegada a su fase valorativa suprapositiva con Westermann y Rudolf Reinhardt, y el neokantismo alemán sudoccidental, impulsado por Radbruch a la superación del positivismo jurídico, a la que llegaría plenamente con H. Coing. Después se vería enriquecida por la fenomenología y recibiría influjos del existencialismo moderado, con las aportaciones de Werner Maihoffer, y, desde la hermenéutica, la de Hans Georg Gadamer. A su vez, Karl Larenz trajo a la corriente principal, su neohegelianismo, a su vez enriquecido por éstas y otras influencias.

Este último autor, en su estudio publicado el año 1959 en la *Revista de Derecho Privado*, centró el tránsito de la jurisprudencia de intereses a jurisprudencia valorativa en un giro dado, a la vez,

hacia la naturaleza de las cosas y los principios supralegales de derecho ¹.

De buen comienzo, en ese estudio, Larenz advierte: «En la perspectiva de la jurisprudencia de intereses transformada en jurisprudencia de valoración, aparece el derecho como resultado de una *valoración*, llevada a cabo conscientemente por el legislador, de los “intereses” que se le dan en la realidad social, es decir, pretensiones y aspiraciones, basándose en criterios de valor, que toma la conciencia de apreciación de su época, del ordenamiento valorativo que ha llegado a ser histórico, real, en nuestra cultura y, según algunos, también del derecho natural. A este respecto, los criterios de valor aparecen, en principio, completamente extraños y opuestos a las realidades sociales que deben valorar. Estas realidades, según se opina, pertenecen exclusivamente al mundo de los impulsos humanos, aún desordenados, no vencidos por el espíritu, es decir, pertenecen al ámbito de los fenómenos naturales, mientras que aquéllos, los criterios de valoración, proceden del imperio autónomo del espíritu. El hombre, que está en el punto medio de ambos mundos, es requerido para estructurar, en vista de aquellos valores, el mundo empírico de las realidades efectivas, al que pertenecen, también, sus propios impulsos y pasiones, en cuanto son “naturaleza”. Fácil es de ver que en este razonamiento se contiene en el dualismo neokantiano de “valor” y “realidad”, o del “deber” y del “ser”. Pero hay, además, otro punto de vista que ha hallado una expresión filosófica tanto en el “idealismo objetivo” de Hegel como en la ontología. Según este criterio, el ser, también el ser de naturaleza, se esfuerza por hacer posible la realización de los valores; el ser, hasta cierto punto, tiene sentido en sí mismo e interesa interpretarlo en éste su oculto sentido para traerlo a discusión. Esto puede afirmarse especialmente para las relaciones humanas permanentes o duraderas, como matrimonio o familia, Estado y también propiedad o contrato, las cuales no son creadas arbitrariamente por el hombre, sino que son ordenaciones trazadas, al mismo tiempo, en sus aspectos natural y espiritual de su naturaleza, de las cuales necesita el hombre para cumplir su destino. En particular, empero, son variables en su estructuración y dejan, por ello, amplio espacio a la decisión valorativa del legislador y del juez; pero sus rasgos fundamentales son anteriores a toda estructuración legal y no son inventados por el legislador, sino encontrados ya hechos».

La expresión jurídica que da a entender la ordenación ya establecida con pleno sentido en el ser social es la “naturaleza de la cosa”. Por ello, no es de extrañar que la ciencia jurídica alemana

¹ K. LARENZ, «Tendencias metodológicas en la ciencia jusprivatística actual», 3, *R. D. P.* XLIII, 1953, pp. 372-375.

actual, que se ha apartado del positivismo, dedique gran atención a este concepto». Aquí cita el concurso, en este sentido, de Radbruch, Coing, de él mismo, de Strastenwert y de los existencialismos moderados Maihoffer y Fechner.

Larenz destaca ² que, «dentro del amplio marco que comprende la naturaleza de la cosa destacan los valores reconocidos en cada caso y su jerarquía en la conciencia de la época».

«De ahí, que la “naturaleza de la cosa” necesite el complemento de los expresados criterios de ordenación y principios de valoración, en los que precisamente halla expresión la jerarquía de los valores de cada época o también una ordenación jerárquica intertemporal. Tales “principios” no son normas jurídicas directamente aplicables bajo las que pueden “subsumirse” concretas relaciones de hecho, sino ideas rectoras, líneas directrices o “máximas” que, a su vez, necesitan una concreción, bien mediante la norma jurídica positiva, bien mediante la decisión judicial del caso».

Precisamente, la *Wertungsjurisprudenz* se orientó hacia el logro de una decisión judicial de cada caso concreto –y ésta es otra de sus características fundamentales–, que sea «una resolución justa del caso». Orientación que tiene antecedentes en Stammeler, y a la que habían tendido Esser ³, éste muy decididamente, Engisch ⁴, con diversos matices, Kriele y el propio Larenz ⁵.

La jurisprudencia alemana fue avanzando hacia ello, como ha explicado Larenz, del siguiente modo ⁶: «Con el reconocimiento de criterios de valor supralegales, de la “naturaleza de la cosa” y de los principios jurídicos que se anteponen a la ley, se ha alejado notablemente la ciencia jusprivatista alemana de la orientación positivista que le era propia en las primeras décadas de nuestro siglo y de su primitivo y estrecho apoyo en la ley. Junto al derecho de la ley, se hace cada vez más importante el derecho desarrollado por la jurisprudencia. En un principio la ciencia jusprivatista orientó su tarea casi solamente en ser fiel intérprete del texto legal hasta donde históricamente era posible; pero actualmente, ha sobrepasado [decía en 1968] hace ya tiempo el cometido de cubrir las lagunas legales a tenor de los principios contenidos en la ley misma y se sirve ampliamente de una argumentación que recurre a crite-

² *Ibid.*, pp. 374 y s.

³ Cfr. mi «Metodología de la ciencia del Derecho», vol. II, «Parte sistemática», 272, A, Madrid, Editorial Centro Cultural Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 1429 y ss.

⁴ *Ibid.*, 272, B, pp. 1431-1438.

⁵ *Ibid.*, 142, b, 1.º, pp. 741 y s.; y, respecto las discrepancias entre LARENZ y KRIELE, «Perspectiva histórica», 322, b, Madrid, Ed. Centro Cultural Ramón Areces, 1994, pp. 1230 y s.

⁶ LARENZ, *Tendencias*, 3, p. 375.

rios extralegales, como la “naturaleza de la cosa” y principios de derecho de orden superior a los del derecho positivo. De esta forma, presta una valiosa contribución no sólo a un profundo conocimiento del derecho, sino también a su desarrollo ajustado a los hechos. La legitimación metodológica de este proceder se deriva: en parte, de los principios de una jurisprudencia de intereses transformada en jurisprudencia de valoración; en parte, según Esser, de un examen más profundo del proceso creador de la jurisprudencia, y, en parte de la nueva remisión a la “naturaleza de las cosas” y al derecho natural».

Vemos, pues, que esta tendencia a una resolución justa del caso utilizando criterios extrapositivos de valoración –según Larenz–, la *Wertungsjurisprudenz* –como indica su propio nombre de *jurisprudencia de valoración*– la centra en *principios supralegales* y en la *naturaleza de la cosa* (*Natur der Sache*). Nociones básicas, que –aun cuando las hemos examinado ya en la *Metodología de la determinación del derecho*– conviene repasarlas panorámicamente.

a) La *valoración* a la que atiende la *Wertungsjurisprudenz* es diferente de la contemplada por el neokantismo, incluso en el trialismo al que llegó Radbruch. Sólo se alcanzaría paulatinamente: en un primer paso, con su superación por Coing; en un segundo paso, por influjo directo de la propia fenomenología de Husserl, Scheler y Hartmann, y, finalmente, en un tercer paso, por la superación del idealismo de éstos por el existencialismo moderado.

En cuanto a este último paso, es sabido ⁷, pero conviene recordarlo, que Heidegger fue discípulo de Husserl, con cuya última posición enlazó su perspectiva existencialista. En esta misma perspectiva, Hans Welzel, en su crítica efectuada el año 1935 al neokantismo alemán sudoccidental –en el cual seguía Radbruch–, afirmó que la ciencia del derecho es «una captación de la estructura esencial inmanente y objetiva de los objetos», de la «estructura óptica de la realidad», y que «existen determinados datos fundamentales ontológicos a los que se halla vinculada toda valoración imaginable y a la que fijan límites seguros» ⁸.

Posteriormente Welzel, en su obra aquí más seguida, comienza por reconocer ⁹ que la ética material de Max Scheler y Nicolai

⁷ Cfr. «Parte sistemática», 102 bis, pp. 527 *in fine* y s. en rel. con 94, pp. 482 *in fine* y s.

⁸ Hans WELZEL, «Naturalismus und Wertphilosophie in Strafrecht» y «Naturrecht und material Gerichtigkeit», 197, citado por LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, IV, 4, traducción al castellano de la edición original definitiva (1979), Barcelona, Ariel, 1980, pp. 133 y ss., y por WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, 21, nota 11, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 376 y 30, nota 32, p. 534.

⁹ WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, 4, cfr. en castellano, Madrid, Aguilar, pp. 234 y ss.

Hartmann había realizado un «esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta»; pero no había alcanzado a resolver la determinación de las relaciones jerárquicas entre los valores, por una dificultad «no sólo de naturaleza gnoseológica sino de principio», cumpliéndose así en la ética de Scheler y Hartmann «el destino que se hizo evidente en Platón y en Leibniz, y que alcanza a toda la teoría axiológica idealista: no hay ninguna ley de preferencia que permita, partiendo de valores generales *a priori*, extraer idealmente la recta decisión para el aquí y ahora de la situación real». A su juicio ¹⁰, para buscar la solución valorativa ésta se debe encaminar por la filosofía existencial pero sobrepasando su radical individualismo, considerando que, independientemente de «toda polémica y toda duda en torno a los problemas axiológicos materiales existen ciertos datos ontológicos fundamentales, a los que se halla vinculada toda posible valoración, y que, por ello señalan a éste límites muy precisos», que marcan no sólo las leyes de naturaleza física sino también «determinadas estructuras lógicas», por ejemplo la «estructura ontológica de la acción», que debe preceder a toda valoración y regulación. Por ello, concluye ¹¹ que «es preciso una “superación” del positivismo» mediante la «elaboración de aquellas estructuras objetivas lógicas, insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva».

Helmut Coing ¹² va por otro camino. Entiende que la idea del derecho es «la suma de los contenidos morales (valores) que están esencialmente ligados al desarrollo del derecho. En el centro se encuentran: la justicia y la dignidad personal del hombre. La justicia nos remite a la naturaleza de la cosa. De ese modo penetra en el orden del ser –en la medida cognoscible por el hombre–, la idea del derecho».

Y Heinrich Henkel –que, entre otros autores, cita a Hartmann y a Welzel–, advierte ¹³: «El hombre, en su comportamiento, no reacciona subsumiendo en valores o ideas abstractas (fidelidad, buena fe, bondad) y siendo dirigido, así, causalmente, sino que lo hace de tal manera que, en base a la resolución valorativa y desvalorativa y sobre el orden jerárquico de los valores; a través de estas decisiones –y en tanto esté dentro de las posibilidades de su comportamiento– orienta su actuación, mediante la elección valorativa a fines».

¹⁰ *Ibid.*, pp. 249 y ss. y 254 y ss. y 258 y s.

¹¹ *Ibid.*, p. 260.

¹² Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Parte segunda, cap. V, IV; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1961, p. 158.

¹³ Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964), 22, III, 3, d; cfr. traducido al castellano, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, p. 407.

Así, fundamenta el «relacionismo valorativo», que considera un relacionismo «objetivo», entendiendo que requiere ¹⁴ se tenga en cuenta «la experiencia de que no sólo existe una variedad de valoraciones individual –personales, discrepantes entre sí–, sino también –como resultado de muchas vivencias valorativas subjetivas– *campos enteros de valoraciones unitarias, supraindividuales e intersubjetivas*». De tal modo, «se estabilizan los contenidos de la valoración sobre la base de muchos actos de toma de actitud valorativa dentro de los grupos humanos, en *decisiones valorativas típicas*»; y así, «en relaciones espirituales de sentido del *collectivum*», se alcanzan «valores “objetivos”, que constituyen los *criterios* para el enjuiciamiento del comportamiento», que son –concluye ¹⁵– «de la mayor importancia cuando se busca el camino que conduce al derecho correcto».

b) Los principios *supralegales* –que pueden estar recogidos como principios legislativos o constitucionales, o no estar reconocidos ni legal ni constitucionalmente ¹⁶– Larenz ¹⁷ –de conformidad a su neohegelianismo– los define: «acuñaciones y especificaciones específicas de la idea del derecho, tal como ésta se muestra en la “conciencia general”, en este grado de evolución histórica», y los denomina «principios ético-jurídicos».

Los principios ético-jurídicos –dice– «no son reglas inmediatamente aplicables en los casos particulares, sino ideas directivas, cuya transformación en reglas, que posibiliten una resolución, tiene lugar, en parte, por la legislación, y en parte, por la jurisprudencia de los tribunales». No obstante indica que principios jurídicos, «que todavía no están positivizados, irrumpen –como recoge de Esser– “en el pensamiento jurídico por el umbral de la conciencia, debido a un caso paradigmático”. Un día serán formulados por la doctrina o por un tribunal, y hallan luego, más o menos pronto, debido a la fuerza de convicción a ellos inherente, reconocimiento general en la conciencia jurídica del momento». Así explica: «Lo que Dölle ha llamado “descubrimiento jurídico”, no es en verdad otra cosa que la formulación, por primera vez, de un tal principio (o de un nuevo ámbito de aplicación del principio)».

Una vez conocido y formulado un principio, se sobreañade –sigue Larenz– «su esclarecimiento, mediante casos paradigmáticos, la delimitación de su alcance en relación con otros principios y con una regulación positiva, su “concretización” respecto a grupos de

¹⁴ *Ibid.*, e, pp. 407 y s.

¹⁵ *Ibid.*, VI, 2, c, p. 426.

¹⁶ Cfr. Karl ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, versión española de la alemana de 1956, Madrid, Guadarrama, 1967, VII, III, pp. 215 y ss.

¹⁷ Karl LARENZ, *Metodología*, II, cap. V, 4, c, pp. 418 y ss.

casos y, finalmente, la plasmación en una “doctrina” bien estructurada». Recordaba, en 1979, que «en los últimos decenios se han desarrollado en el derecho civil, las más de las veces apelando al principio de “buena fe”: las doctrinas del abuso del derecho, de la caducidad, de la desaparición de la base del negocio, del “deber de fidelidad” del socio, del “deber de asistencia” en la relación laboral, de los “deberes de protección” y de la responsabilidad por “*culpa in contrahendo*”». Acerca de este último, resume el modo como, según explicó Jhering, se llegó a su formulación: «Al principio tuvo lugar su valoración ético-jurídica; a ella siguió un análisis de los casos a que se refería y su comparación con otros casos: sobre esto se formuló el principio».

El mismo Larenz, años antes, había advertido ¹⁸ que «los principios estructurales que sirven de base al ordenamiento jurídico y a su desarrollo, por medio de la jurisprudencia, no siempre forman una unidad incontrovertible. Hay un antagonismo de principios, que sólo en cada caso puede ser resuelto, y hay también el avance de un principio a costa de otro». Así en el «desplazamiento de la importancia de los principios particulares y en el “descubrimiento” de nuevas ideas jurídicas y principios», «se reflejan en cierto modo las variaciones de la conciencia jurídica, a primera vista oculta, pero en verdad decisiva, por ser la corriente más interna del espíritu objetivo».

c) *La Natur der Sache* o *naturaleza de la cosa*, concebida tal como se ha desarrollado en Alemania desde el segundo tercio de este siglo XX, constituye un tema del que he venido ocupándome repetidamente ¹⁹. Sin embargo, trataré aquí de mostrar su perspectiva más general.

Ante todo, es de notar que su configuración constituye un retorno, en el cual ha ido avanzándose hacia el concepto clásico de la *natura rei*, referido a cada tipo de cosa jurídica, pero que no alcanza la panorámica general de la *rerum natura*.

Gustav Radbruch, desde las primeras ediciones de su *Rechtphilosophie* —como hemos visto—, había vuelto los ojos a la naturaleza de la cosa, pero sin rebasar su concepto nominalista post-cartesiano y kantiano; y consideraba ²⁰ que «queda firme que los preceptos del deber ser sólo derivan de otros preceptos del deber ser, y no cabe derivarlos inductivamente de hechos del ser».

¹⁸ *Ibid.*, *Tendencias metodológicas*, 3, pp. 374 y s.

¹⁹ «Metodología de las leyes», 128, pp. 317 *in fine* y 320; «Metodología de la determinación del Derecho», I, «Perspectiva histórica», 319, pp. 1209-1215, y II, «Parte sistemática», 35, c. pp. 179-185.

²⁰ G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, 2, 1, pp. 14 y ss., de la cit. ed. en castellano.

Recogiendo las críticas que, en 1935, opuso Welzel al neokantismo de la escuela de Baden, al afirmar que la ciencia del derecho debe observar el objeto del conocimiento como «un trozo óptico del ser»²¹, la *Wertungsjurisprudenz* recurrió decididamente, con escasas excepciones relevantes, a la naturaleza de la cosa²².

Helmut Coing²³ sobrepasó claramente los límites nominalistas al considerar incluídas en la naturaleza de las cosas:

– *La naturaleza del hombre*, «sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos volitivos tal como se presentan en las diversas edades de la vida».

– *Las estructuras del mundo que circunda al hombre*, como el ritmo noche-día, las diferentes clases de bienes (v.gr., cosas muebles e inmuebles).

– *La objetividad propia e interna de los diversos ámbitos de actividad del hombre*: ejército, actividad mercantil, organizaciones (científica, de la justicia) y de los tipos determinados de negocios.

– *Las diversas comunidades en que vive el hombre*, comenzando por la familia, en las cuales «realiza las diversas tendencias que alienan en él: sus simples impulsos e instintos, como los de alimentación y habitación; sus aspiraciones vitales al poder, la influencia, el honor y la libertad; sus finalidades espirituales de buscar la verdad, la belleza, lo santo».

E igualmente Henkel²⁴ ha considerado que, en esa expresión, la palabra «cosas» incluye: «cosas (“cosas” en el sentido estricto), personas, situaciones», entendidas «como punto de referencia para relaciones sociales o productos sociales».

Por otra parte, Arthur Kaufmann²⁵ había considerado la naturaleza de la cosa como un *intermediario entre ser y deber ser*, necesario para «la igualación de la norma legal con situaciones vitales reales», figura que representa de igual modo lo particular y lo general, un *universale in re*, el «*topos*» en el que convergen ser y deber ser, el lugar metódico en que se produce la conexión o correspondencia de realidad y valor, que constituye el eje del procedimiento analógico.

²¹ Cfr. *supra*, nota 9 y texto correspondiente.

²² Tal vez la más importante excepción es la de ENGISCH debido, a mi parecer, al temor de que entre la realidad y el derecho se interpongan pantallas filosóficas fijas y aislantes, como digo en «Parte sistemática», 163, pp. 855 y s.

²³ H. COING, *op. cit.*, V, pp. 131 y ss.

²⁴ H. HENKEL, *op. cit.* § 25, III, 2, p. 480.

²⁵ Arthur KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»* (1956), VII; cfr. en castellano, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 90 y ss.

Más recientemente el mismo Kaufmann ²⁶ ha insistido en la función *mediadora* de la naturaleza de la cosa, consistente en ser el punto de convergencia de la correlatividad entre «determinación material de la idea-determinación formal de la materia», posición que, cree, es la de Maihoffer ²⁷.

Esa posición mediadora de puente entre ser y deber ser sería criticada por Jan Schapp ²⁸, que la califica de «desafortunada», porque todo puente presupone la separación entre lo que une y, además, el mundo «nunca es puro mundo de hechos, sino que siempre es un mundo de vida», objetando que, más que un puente, ve en ella «el punto de conexión entre realidad y derecho», entre cosa y valor. Un discípulo del mismo Kaufmann, Gunter Ellscheid ²⁹, pone esa mediación en interrogación.

Por mi parte, he distinguido ³⁰: de una parte, el carácter representativo de la realidad de la naturaleza de la cosa y, de otra, su planteamiento ontológico, como universal *in re*, con finalidad gnoseológica. En este aspecto cognoscitivo de la realidad, trazamos una imagen mental en nuestra pantalla interior con las percepciones efectuadas por nuestros sentidos externos, y que con nuestros sentidos internos ordenamos y estimamos, en cuanto ellos comparan esa imagen con las imágenes anteriormente que atesoramos en el *thesaurus* depósito de la memoria. Esta imagen mental sí que puede calificarse de mediadora. No así la naturaleza de la cosa como realidad ontológica representada en la imagen —es decir, no lo representado sino la representación, porque en aquél se contiene su deber ser, en cuanto éste es inherente a la axiología y la teleología de la propia cosa—.

Y ahí radica la cuestión acerca de si la *Natur der Sache* alcanza o no el orden de la *natura rerum*. Helmut Coing llega a decir ³¹ que «la modesta expresión *naturaleza* de la cosa parece ampliarse hasta convertirse en la idea de un amplio orden de las cosas sociales», que «permite dar a la “abierta” justicia los criterios o escalas que le fal-

²⁶ *Ibid.*, *Panorámica histórica de la filosofía del derecho*, 2, 2, 4, 2 en «El pensamiento jurídico contemporáneo»; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Debate, 1992, p. 100, cuadro sinóptico.

²⁷ Acerca de la posición de MAIHOFFER, narrada por el mismo, cfr. *Droit et nature des choses dans la philosophie allemande du droit*, en «Droit et nature des choses», *Travaux du Colloque de Philosophie du droit comparée* (Toulouse, 16-21 septiembre, 1964), París, Dalloz, 1965, pp. 103-120; y, en síntesis, lo que digo en «Parte sistemática», 35, e, pp. 184 y s. Antes había escrito el estudio monográfico *Die natur der sache*, *Archiv für Rechts und Social Philosophie*, XI-III, 1958, pp. 145 y ss.

²⁸ Jan SCHAPP, *Problemas fundamentales de la metodología jurídica*, vers. en portugués. Porto Alegre (Brasil), Sergio Antonio Fabris, Eds, 1985, pp. 36 y s.

²⁹ Gunter ELLSCHEID, *El problema del derecho natural. Una orientación sistemática*, 3, 3, 5, en «El pensamiento jurídico contemporáneo», cit., pp. 188 y s.

³⁰ «Parte sistemática», 35, p. 183.

³¹ H. COING, *op. y loc. ult. cit.*, p. 134.

taban, de modo tal que la idea del derecho podría ampliarse hasta ser un orden concluso por la apelación al orden que yace inscrito en las cosas mismas». Pero no da el paso de admitir esto, porque duda de la inteligibilidad de ese orden; y concluye ³² que de la consideración de la naturaleza de la cosa no podemos obtener esa «intelección del concluso orden que nos resolvería definitivamente los problemas dejados abiertos por el estudio de la idea del derecho. La naturaleza de la cosa nos ofrece elementos de ordenación pero no un orden como tal». Sí nos lleva «al conocimiento de la materia con la que tiene que operar el orden jurídico»; pues, «la vida social no es una masa plenamente informe sino que tiene ya ciertas estructuras propias en las que ha de basarse el orden jurídico». Y, ahí Coing se detiene.

La misma perspectiva hallamos en la visión de Henkel y de Larenz. El primero dice ³³ que «en la naturaleza de las cosas habrá que ver únicamente *elementos ordenadores y estructuras como preformas del derecho* que, ciertamente, influyen determinadamente en el proceso de conformación del derecho, pero que dejan abierta, con mayor o menor amplitud, la normación jurídica con referencia a factores conformadores de otro tipo».

Asímismo, Larenz ³⁴ sitúa en planos distintos los principios ético-jurídicos y la naturaleza de la cosa, de la que —dice— constituye «un criterio teleológico objetivo de interpretación», de gran importancia «en orden de la “ponderación de bienes en el caso particular”», que debe guiar su normación y concreción por la idea del derecho y sus «acuñaciones específicas», es decir, los principios ético-jurídicos.

Lo que en la concepción realista clásica se resuelve en un ir y venir de las cosas a la mente y de éstas a aquéllas, por una sola vía de conocimiento y estimación, para Coing, Henkel y Larenz resulta por un encuentro del idealismo y el realismo metódicos, en un punto dado de ese camino que, si bien aquél lo recorre descendentemente y éste ascendentemente, ninguno de los dos lo recorre entero sino hasta el punto de encuentro de los principios y la naturaleza de la cosa.

II. OTROS ELEMENTOS INSTRUMENTALES APORTADOS A LA CIENCIA DEL DERECHO POR LA *WERTUNGS-JURISPRUDENZ*

La *Wertungsjurisprudenz*, además de orientar el arte y la ciencia del derecho a la determinación concreta de un resultado justo —al

³² *Ibid.*, p. 139.

³³ H. HENKEL, *op. y s. ult. cits.*, III, p. 478.

³⁴ K. LARENZ, *Metodología*, II, V, 4, p. 418.

derecho en su significado genuino—, o sea al tratamiento adecuado de cada caso concreto, mediante la concreción de la idea del derecho y sus principios ético-jurídicos con observación de la naturaleza de las cosas, como preestructura real, y mediante los criterios valorativos objetivos, también ha contribuído además al progreso de la ciencia del derecho al afinar algunos instrumentos jurídicos que ha recibido de las diversas corrientes que se han integrado en ella. Pienso que los principales de esos instrumentos son: el concepto general-concreto; el tipo jurídico estructural, considerado como universal *in re*; las pautas de valor; las estructuras lógico-reales; la concreción jurídica en sustitución de la aplicación de la ley; la precomprensión y el círculo hermenéutico. Vamos a efectuar un bosquejo de cada uno de ellos.

a) *El concepto general-concreto*

El concepto general-concreto ha sido una aportación de Hegel, íntimamente ligado al retorno a la abstracción integrativa y al consiguiente rechazo de la abstracción sustractiva kantiana, porque ésta forma los conceptos sustrayendo todo lo que es particular en los objetos incluidos en un concepto, de modo tal que esos conceptos van perdiendo contenido y se abstractizan, cada vez más, a medida que se hacen más generales, mientras que el general-concreto conserva la profusión de todos sus momentos³⁵. Éste, hecho suyo por el neohegelianismo, ha sido recibido en la *Wertungsjurisprudenz*³⁶.

La utilización del concepto general concreto impone un cambio en el modo de razonar. No cabe utilizar la lógica formal silogística, empleada a partir de conceptos abstractos y que, por su formación sustractiva, priva a la premisa mayor de su carácter universal y la reduce a general, razón por la cual los silogismos resultan falsos en cuanto se quiere resolver con ellos algo que sale fuera de esa generalidad³⁷. En cambio, el concepto general-concreto conlleva su concreción en cada caso considerado. No en vano la palabra «concreción» expresa una acción de individualización o determinación, en un sentido contrario al que expresa la palabra «abstracción»³⁸.

³⁵ Cfr. COING, *op. cit.*, V, I, 3, pp. 124-131, y mi discurso inaugural del curso 1998-1999 en la Real Academia Sevillana de Jurisprudencia, «Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y Hegel por la ciencia jurídica del siglo XX», II, 1.

³⁶ Cfr. LARENZ, *Metodología*, I, IV, 4, pp. 133 y s., y WIEACKER, *Historia*, 21, nota 11, pp. 376, y 30, nota 32, p. 534, y mi citado discurso «Lo desechado y lo recibido», cit. 3.

³⁷ Cfr. «Parte sistemática», 42, pp. 215-221.

³⁸ Cfr. mi discurso inaugural «El razonamiento jurídico, la analogía y la equidad», 5, 6 y 7, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1997, pp. 21-32.

b) *La noción «tipo» y el consecuente razonamiento tipológico* ha sido una contribución de la sociología, que afinada con la recepción del concepto general-concreto, también ha sido recibida por la jurisprudencia valorativa. Los sociólogos La Play, Durkheim y Max Weber habían empleado con profusión la palabra tipo, en el sentido de modelo que abarca un número indeterminado de ejemplares pertenecientes a determinado género o especie y con cierta semejanza, mayor o menor. En ese contexto, se habla de casos típicos, arquetipos, prototipos o tipos ideales y –por Max Weber– de tipo-promedio y de tipo-ideal o puro ³⁹. La utilización de la palabra tipo pasaría de la sociología a la historia, a la ciencia política y al derecho ⁴⁰, donde según Engisch ⁴¹, parece que la trajo H. J. Wolf en 1952 (*Typen in Recht un in der Rechtswissenschaft*, en «Studium Generale» V, 4 de mayo de 1952). Sin embargo, en filosofía del derecho había propugnado Karl Larenz, ya en 1938, y poco después Ernest Otto ⁴², por la conveniencia de que la ciencia del derecho utilizara la palabra tipo.

Como ha escrito Engisch ⁴³, aunque el tipo es una construcción mental, se halla «saturado fundamentalmente de realidad»; es «un *universale* “*in re*”, immanente a la realidad, como la “entelequia”, o “plano”, “estructura” o “tendencia estructuradora real” o “principio dinámico”. No es, por tanto, un simple residuo de la consideración de cosas similares, ni simple síntesis mental, ni *mero universale* “*post rem*” o “*in mente*”. Así, en este sentido, se ha considerado la filosofía platónico-aristotélica como un pensamiento tipológico. La misma concepción se encuentra en Goethe».

Mientras que, en un sistema conceptual abstracto, el concepto «no conoce ningún “más o menos”, sino sólo un “o esto o aquello”», en cambio –como indica Larenz ⁴⁴– ese «giro “más o menos” hace referencia inequívocamente a la consideración tipológica»; pues los

³⁹ Cfr. «Lo desechado y lo recibido», I, 2.

⁴⁰ Cfr. «Parte sistemática», 23, pp. 108 *in fine* y s., «El razonamiento jurídico», b, 8, pp. 33 *in fine* y s., y «Lo desechado y lo recibido», I, 2, b, desde el párrafo que lleva la nota 97 al final.

⁴¹ K. ENGISCH, *La idea de la concreción en...*, cap. VIII, I, p. 416.

⁴² Karl LARENZ, «Uber Gegensendund Methode des Rechtsdenken» (1938) y «Typologisches Rechtsdenken», en *Archiv für Rechts und Socialphilosophie*, XXXIV, 1940-1941, pp. 20 y ss.; y ERNST OTTO, «Wert und Wirklichkeit», 1941, pp. 12 y ss., citados por Alfonso RODRIGUES QUEIRÓ, «Ciencia del derecho y filosofía del derecho», 9, en *Estudios jurídicos portugueses*, Madrid, Hispánica, 1945, pp. 131 y ss.

⁴³ ENGISCH, *loc. ult. cit.*, pp. 418 y ss.

⁴⁴ K. LARENZ, *Metodología*, II, III, 3, pp. 481 y 483 y ss. El mismo LARENZ muestra cuanto aclaran la noción de *tipo* y la de *series de tipos*, con su fluidez, lo que el conceptualismo dogmático dejaba sin aclarar, *v.gr.*, en la distinción gradual de los denominados derechos reales y derechos de crédito (II, cap. VI, 2, p. 460). Yo añado que también aclara la existencia de grados de personalidad jurídica en los diversos tipos de sociedades y comunidades.

tipos son «fluidos», «a causa de la variabilidad de sus elementos» y, por ello, «pueden transformarse unos en otros»; y esa transición entre los tipos es, «una vez más, fluida».

El tipo observa mejor la perspectiva de la naturaleza de las cosas, a las cuales corresponde como universal que es. Así lo ha hecho notar Arthur Kaufmann⁴⁵: «El pensamiento desde “la naturaleza de la cosa” es un pensamiento tipológico»... «El tipo, constituye un punto medio entre lo particular y lo general, es comparativamente un concreto, un *universale in re*... Así se diferencia, por un lado, del concepto general abstracto, que es “definido” (esto es, limitado) por un número reducido de características aisladas». En cambio: «El tipo, con su mayor objetividad, comprensibilidad y vecindad a la realidad, no es, a diferencia de aquél, definible sino sólo “explicable”. Es cierto que tiene un núcleo fijo, pero carece de fronteras. Por eso, puede faltar uno u otro de sus “rasgos” caracterizados sin que la tipicidad de una situación de hecho sea puesta en duda o necesite serlo». Mientras «el pensamiento conceptual es siempre “un pensamiento divisorio”», el tipo «se acomoda al “más o menos” de la variada realidad. El tipo une, da a conocer conexiones de sentido, y lo general es en él concebido comprensiva y “totalmente”. De ahí que bajo un tipo tampoco se puede “subsumir” como bajo un concepto».

También «se diferencia de lo individual. Lo único no puede ser típico»; sólo puede ser típico aquello que –como Kaufmann⁴⁶ dice, apoyándose en dos citas, que comenta, de Ernst Junger (*Typus, Name, Gestalt*, 1963, pp. 28 y 63)– «existe “sólo en el ámbito de lo comparable”; “presupone lo comparable y, con ello, lo diferenciable. Difícilmente es posible expresar con más claridad el carácter analógico que el tipo posee”».

c) *Pauta de valor* es una noción que, muy consecuentemente, como jurisprudencia valorativa, la *Wertungsjurisprudenz*, ha configurado con la función de instrumento valorador.

Ciertamente esas pautas se han empleado siempre, las vemos en el derecho romano y en cualquier código moderno; pero, con la jurisprudencia valorativa se ha visto con mayor claridad qué son, así como cuáles son su carácter y su función valorativa tipológica.

A la inversa, como ha advertido Karl Larenz⁴⁷: «La necesidad de un pensamiento “orientado a valores” surge con la máxima intensidad cuando la ley recurre a una pauta de valoración, que precisa ser llenada de contenido para circunscribir un supuesto de hecho o también una concreción jurídica. Tales pautas son, por ejemplo; la “bue-

⁴⁵ A. KAUFMANN, *Analogía y naturaleza de la cosa*, VII, pp. 94 y ss.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 95 *in fine* y ss.

⁴⁷ K. LARENZ, *op. ult. cit.*, II, I, 4, a, pp. 213 *in fine* y s.

na fe”, una “justa causa”, una “relación adecuada” (de prestación y contraprestación), un “plazo razonable” o una “prudencia razonable». El carácter tipológico de esas pautas destaca porque –como sigue explicando Larenz– «contienen siempre una idea jurídica específica que, por cierto, se sustrae a toda definición conceptual, pero que puede ser aclarada por medio de los ejemplos generalmente aceptados». Su contenido lo reciben de «la conciencia jurídica general de los vinculados a una comunidad jurídica»; y, esa conciencia «no sólo lleva impreso el sello de la tradición sino que está concebida como continua reconstitución. En cierto modo, los tribunales se consideran el “portavoz” de esta conciencia general».

Para su concreción estas pautas de valor –sigue Larenz– «necesitan ser llenadas de contenido». A su juicio, esa operación no es el resultado de un proceso «irracional», sino que, en ella, el «pensamiento orientado a valores» ofrece una «ayuda esencial». Como explica más adelante ⁴⁸, «se exige un juicio de valor cuando, para poder coordinar el hecho con el supuesto de hecho de la norma legal, se ha de enjuiciar según una pauta que primero ha de ser concretizada» o «evaluada»; pues dice: «El objeto, que ha de ser evaluado, se enjuiciará al respecto como apetecible o no apetecible, razonable o no razonable, preferible a otro o colocarlo detrás de él». La consideración como un «bien» conllevará la aprobación, o, al contrario, la desaprobación, que «hallan su expresión en un juicio de valor». Juicios facilitados por la «orientación a ciertos puntos de vista», a los que responden las pautas de valor que «deben llenarse de contenido», y así lo hace la jurisprudencia de los tribunales.

Esto se efectúa –indica ⁴⁹– «en base a las experiencias sociales», que determinando su contenido, caso por caso, se «concretizan». Y estos nuevos casos que se presentan, sirven, a su vez, de pauta para calificar los casos futuros que les sean comparables. Así, «toda concretización (lograda) sirve como caso comparable y, con ello, se convierte en punto de partida de nuevas concretizaciones. La pauta “se concretiza” al enjuiciar el caso al que el enjuiciante la estima “aplicable” o “no aplicable”. En ese proceso de concretización, mediante el enjuiciamiento del caso, la pauta enriquece su contenido».

d) *La percepción y atención a las estructuras lógico-reales* ha sido una aportación del existencialismo moderado de Welzel, según indica Henkel, quien les dedica un capítulo de su referida obra ⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid.*, II, III, d, pp. 283 y ss.

⁴⁹ *Ibid.*, II, I, 4, a, p. 214 *in fine* y s.

⁵⁰ HENKEL, *op. cit.*, § 24, pp. 449-470.

Esas estructuras –explica este autor– «representan datos previos que influyen sobre el derecho»⁵¹. Corresponden –dice⁵²– «al campo de la *lógica de las cosas*», a «la *lógica del objeto*», «contenida en los objetos mismos, esto es: la “estructura de sus leyes”, su “estructura categorial” o su “relacionalidad”», y «pertenecen a la esfera de las *leyes ontológicas*; nos designan la *constitución ontológica* de los objetos que tomamos en consideración: en cuanto están determinados conforme a las *leyes del ser*». Hablando así de ley ontológica de un objeto, «pensamos en su *estructura ontológica interna*, en su estructura esencial en sus determinaciones esenciales».

Y, «junto a la constitución ontológica interna, existen también “estructuras” en la relación externa del fenómeno, a saber: en la *correspondencia ontológicamente necesaria* con otros fenómenos». Así, «existen enlaces lógico-reales: “lógicos”, en cuanto existe una *necesidad relacional* entre los objetos; “lógico-reales”, en cuanto no creamos la relación con nuestro pensamiento, sino que, mediante la aprehensión de sentido, mediante la penetración en su relación ontológica de correspondencia, descubrimos esa relación en los objetos mismos y los hacemos conscientes al pensamiento. Con ello, el concepto de “estructuras lógico-reales” adquiere la presunción requerida para encontrar, dentro de los datos ontológicos, el lugar correcto y especial que le corresponde; y, por otra parte, para poder delimitarlo frente a aquellos conceptos que no descansan en estructuras ontológicas».

e) La *concreción jurídica* es una consecuencia de desecharse los conceptos abstractos obtenidos por abstracción sustractiva, por la pérdida de sustancia que implican, y del rechazo de la lógica formal para resolver cuestiones jurídicas concretas, lo cual ha implicado un cambio metodológico radical respecto del utilizado por el conceptualismo dogmático. De ahí viene la noción de *concreción*, contrapuesta operativamente a *abstracción* –en su sentido propio de abstracción íntegra–, que fue traída al derecho por Wilhelm Sauer y en el neohegelianismo, por Schönfeld⁵³.

Se trata de una operación de «individualización», que sustituye la subsunción lógica, dado que ésta impone la superioridad de lo general sobre lo individual, que es inadmisiblesi lo general no comprende lo singular observado, en el caso de haber éste quedado fuera del concepto general abstracto o de lo normativo, en el hecho al que éste pretende aplicarse silogísticamente. Por esa inadecuación, la aplica-

⁵¹ *Ibid.*, II, 1, pp. 450 y s.

⁵² *Ibid.*, 2, pp. 451 y s.

⁵³ Cfr. «Parte sistemática», 320, pp. 1215; *Lo desechado y lo recibido de las concepciones filosóficas de Comte y de Hegel por la ciencia fundada del siglo XX*, II, 3, b.

ción de la norma o del concepto, es sustituida por la «individualización», la «concreción» o la «determinación» del derecho en el caso contemplado.

Quien más extensamente ha estudiado, que yo sepa, la noción de concreción en la *Wertungsjurisprudenz* es Karl Engisch, en su citado libro *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*⁵⁴, donde la observa desde diversas perspectivas.

Acerca de su significado de *acceso a lo real* indica que, en las más recientes identificaciones, se halla la de «lo concreto a lo real y de lo abstracto con lo simplemente pensando, conceptual, ideal, irreal, en las exposiciones de Welzel, Horneffer, Fechner y Dahn»⁵⁵.

La referencia a la noción de concreción, como lo específico, la enlaza con el concepto general-concreto de Hegel, recogido por Larenz, aunque considera que es «error de los hegelianos»: «querer reconocer junto al concepto general-abstracto-negativo tan sólo el concepto general “concreto”, y no ver la posibilidad de crear, a modo de conceptos formalizadores, conceptos generales de un cierto grado de abstracción, que no por ello carecen de contenido, ya que señalan el sentido del contenido del concepto, así como expresan la relación mutua entre las notas singulares del concepto»⁵⁶.

Respecto de lo concreto en cuanto *singular e individual*, observa «la duplicidad del derecho y de la ciencia del derecho», en la cual, del mismo modo «como la tendencia a lo específico –a la *lex specialis*– se contrapesa con la tendencia a lo general –a la *lex generalis*–, o la igualdad ante la ley se enfrenta a la justicia individualizadora, o la norma general puede ser infringida en cualquier momento por una “ley individual”, o la excepción acompaña siempre a la regla, así la *ciencia* del derecho se encuentra tensa entre una consideración generalizadora y otra individualizadora, entre una abstracta y otra concreta; tensión que es una de las muchas que ha de soportar»⁵⁷.

En su consideración de lo concreto como *tendencia al tipo*, entendido éste como «posición intermedia», observa que «participa en la “individualización”» en «toda una serie de formulaciones», con «una

⁵⁴ K. ENGISCH, *El concepto de concreción en*, cap. II, pp. 137-172, *La antinomia «concreto» y «abstracto» en la praxis jurídica*, donde comienza por examinar los sentidos equivocados de esa expresión y sigue con el análisis de las formas mixtas de lo concreto (cap. IV, pp. 173-186) penetra en el examen de la concreción *como tendencia a lo real* (cap. IV, pp. 187-250; en cuanto *lo total en el derecho y en la ciencia del derecho* (cap. V, pp. 251-276); en cuanto *lo específico en el Derecho y en la ciencia del derecho* (cap. VI, pp. 277-324); y en cuanto *lo singular y lo individual* y en uno y otro (cap. VIII, pp. 415-497).

⁵⁵ *Ibid.*, cap. IV, pp. 192, 207 y s.

⁵⁶ *Ibid.*, cap. VI, 319 y ss.

⁵⁷ *Ibid.*, cap. VII, II, p. 410.

lógica de la individualidad»⁵⁸. Es decir, en este significado, resulta ser un escalón para calificar y valorar lo concretado.

f) *Las nociones de «precomprensión» y de «círculo hermenéutico»* se hallan estrechamente interrelacionadas con la de estructura lógica real y, más concretamente, con «la estructura existencial del “ser ahí”», en donde fueron observadas existencialmente por Heidegger⁵⁹, siendo utilizadas después en la hermenéutica por Gadamer, al señalar éste la necesidad de «entender», mediante «explicar» la «cosa del texto» y de explicarlo en relación con el originario «lenguaje de las cosas». Éstas, en el derecho, en cuanto se refieren a relaciones humanas, son consideradas a través de la *phronesis* aristotélica, para enjuiciar cada una prudencialmente con *epiēikeia* en lo real concreto⁶⁰.

Ambas nociones fueron aplicadas a la ciencia del derecho por la *Wertungsjurisprudenz*. Engisch⁶¹ habla de contexto fluído y de un «ir y venir con la mirada», entre el supuesto de hecho de la norma y el hecho real, que resulta muy diferente del pensamiento lineal silogístico.

A su vez, Larenz⁶² critica la imagen de Heidegger del «círculo», que –dice– «no es precisamente afortunada, en cuanto el movimiento circular del comprender no retorna sencillamente a su punto de partida –entonces se trataría de una tautología–, sino que eleva a un nuevo grado la comprensión del texto». A su juicio: «El proceso del mirar hacia adelante y hacia atrás puede tener que repetirse múltiples veces». «El proceso del comprender –sigue en el párrafo siguiente– no transcurre, por tanto, únicamente en una dirección, “linealmente”», como hacen los cultivadores de las «ciencias “exactas”» y «la mayoría de los lógicos»; sino que, en él, «existe normalmente una conjetura de sentido, aunque a veces todavía vaga, que suele incluirse en una, todavía fugaz, primera mirada. El intérprete está capacitado para esto mediante una “precomprensión” con la que penetra en el texto. Esta precomprensión se refiere a la cosa de que el texto trata, [la cosa del texto de que habla Gadamer], y al lenguaje, con el que habla de ella. Sin una concreta precomprensión tanto en uno como en otro aspecto, sólo difícilmente o de ninguna

⁵⁸ *Ibid.*, cap. VIII, V, pp. 445 y s.

⁵⁹ HEIDEGGER, *Sein und zeit*, 32, pp. 166 y s. de la 8.ª reimpresión en castellano, México, Fondo Cultura Económica, 1991. Cfr. lo que en síntesis refiero en «Parte sistemática», 95, a, p. 483.

⁶⁰ H. G. GADAMER, *Verdad y método*, vol. I, 12; cfr. ed. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1984, p. 461 y 10, 2, a, pp. 388 y s., y vol. II, cap. «La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas», cfr. ed. en castellano, Salamanca, Sígueme, 1992, pp. 71-80.

⁶¹ K. ENGISCH, *Logik Studien zur Gesetz esanwendung*, 1.ª ed. Heildelberg, Karl Winter, 1943, 3.ª ed., 1963, p. 15, cita de LARENZ, *loc. cit.* en la nota sig.

⁶² K. LARENZ, *Metodología*, II, cap. I, 3, b, pp. 194 y ss.

manera podría formarse una “conjetura de sentido”... «Cuanto más tiempo y más detenidamente alguien se ocupa de una cosa, cuanto más profundamente ha penetrado en ella, tanto más rica es su precomprensión, tanto más pronto se formará en ella una conjetura de sentido y tanto más rápidamente terminará el proceso del comprender».

Refiriéndose a la tesis de Gadamer, sigue explicando Larenz ⁶³ que, trasladando a la jurisprudencia lo que aquél dice de la «conexión traditiva» del lenguaje, en su función de «acceso a lo que el texto expresa», su base la constituye «particularmente aquélla [la conexión traditiva] en que se encuentran las normas vigentes hoy –y las formas jurídicas de pensar reconocidas– con el trabajo precedente de muchas generaciones de juristas, merced al cual la jurisprudencia ha conseguido su configuración actual o se ha liberado de otras ya desfasadas. De hecho, esta conexión traditiva, en la que no sólo se hallan las leyes, sino sobretodo también las resoluciones judiciales y los conocimientos (o errores) dogmáticos, constituye el trasfondo de toda interpretación jurídica». Además, también la precomprensión se extiende –dice– a «los contextos sociales, a las situaciones de intereses y las estructuras de las relaciones de la vida a que se refieren las normas jurídicas». Para el entendimiento adecuado de éstas, es preciso –pues– partir de esa precomprensión de la cosa a que se refieren.

Por eso, yo, por mi parte, he preferido sustituir, en esa metáfora «círculo hermenéutico», la palabra «círculo» por «espiral», que expresa ese sucesivo enriquecimiento en el ir y venir desde la precomprensión de la cosa del texto a la norma hasta alcanzar la adecuada intelección de ésta y la explicación jurídica de la cosa.

⁶³ *Ibid.*, pp. 197 y s.

Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Premisas para una interpretación del artículo 464.*—II. *El pretendido germanismo de la reciente jurisprudencia.*

I. PREMISAS PARA UNA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 464

Para conseguir alguna claridad en tema tan enredado como es la interpretación del artículo 464.I, ante todo debo hacer constar que parto de algunas premisas que no concuerdan con las de la doctrina dominante.

1) No hay antecedentes de la regla, la posesión equivale al título, en el Derecho español. Tampoco hay pruebas de algo parecido a *Hand wahre Hand*. Lo que hoy se entiende por *Hand wahre Hand* es de aparición muy tardía en el Derecho alemán. No hay conexión histórica entre las máximas *Hand wahre Hand* y la posesión equivale al título. La máxima *meubles n'ont pas de suite* no se refirió nunca a la reivindicatoria, esto es, a los propietarios, sino a los acreedores. La posesión equivale al título es una regla que aplicada a los muebles sólo aparece en 1747 con un innegable sentido probatorio. La regla la posesión equivale al título aplicada a la prescripción de larga duración de inmuebles es previo y más frecuente en el Derecho previo a la codificación.

2) El CC francés, modelo parcial del español, presenta notables diferencias que son muy relevantes en nuestra materia. La interpretación francesa de la regla la posesión equivale al título no le atribuye un único sentido, sino un significado doble: como regla de adquisición *a non domino* y como regla probatoria; ambos sentidos se aplican a casos distintos con presupuestos diversos y significado dife-

rente de las palabras. La interpretación de la máxima en su función adquisitiva *a non domino* se apoya en un sentido determinado de la palabra título, en la inexistencia de usucapión mobiliaria y en una lectura *a contrario* de una proposición que utiliza expresiones tan concretas como pérdida y *vol*. En el CC francés tampoco hay un artículo como el 463 del CC español que niega claramente la vigencia de una solución semejante a *Hand wahre Hand*. No existe en el Derecho francés un artículo como el artículo 85 de nuestro Código de Comercio, sino que el artículo 2280 establece una protección, para las compras hechas a un comerciante, cuyo ámbito está determinado por el del artículo 2279. Por todo ello es poco viable una interpretación de nuestro Código que coincida con la francesa. En cualquier caso es claro que no está justificada la afirmación según la que el artículo 464.I vale lo mismo que el artículo 2279 del CC francés. No sólo la libertad de interpretación del Juez español, respecto de un derecho extranjero, le impone, sino que también lo exigen datos normativos propios muy relevantes y no coincidentes con los franceses.

3) El Código italiano no contiene la regla la posesión equivale al título. El artículo 1153 establece una ilimitada protección del poseedor de buena fe que ha producido efectos desastrosos ¹. La doctrina italiana sigue hablando de *possesso vale titolo* para referirse a la adquisición *a non domino* que consagra dicho precepto, pero es solamente una manera de aludir a una regla que ya nada tiene que ver con la francesa. La regulación italiana es una rareza en el Derecho comparado y ha sido severamente criticada por propios y extraños. No existe ningún otro Derecho, a lo que sé, que proteja de tal manera el tráfico de objetos procedentes de delitos incluidos el robo y el hurto. Algunos de nuestros autores parecen, no obstante, influidos por la regulación italiana y como la doctrina italiana habla de *possesso vale titolo* probablemente deben creer que también el Código italiano contiene dicha regla, pero no es así. El artículo 1153 Código italiano es una regla de adquisición *a non domino* que como tal exige que el poseedor haya adquirido la posesión a consecuencia de un título idóneo. Por tanto, la regla italiana exige al poseedor un título y de esa manera se encuentra totalmente alejada de la regla la posesión equivale al título. Por otra parte no sufre ninguna restricción y protege ilimitadamente el tráfico de todo tipo de objetos de origen delictivo. Desde un punto de vista de política legislativa la solución italiana es demasiado radical y ha dado resultados indeseables. Constitucionalmente parece muy discutible la protección de adquirentes a título gratuito de objetos robados o hurtados y desde

¹ Mario COMPARTI: «Per una diversa lettura dell'art. 1153 Cod. Civ. a tutela dei beni culturali», en *Le ragioni del diritto: Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milán, 1995, I p. 396 y autores allí citados.

luego insensata en un país excepcionalmente rico en obras de arte. Es por tanto necesario liberarse en este punto más que en otros de la inercia a menudo presente en nuestra doctrina de seguir al Derecho italiano. En esta materia no es un ejemplo a seguir y por otra parte su artículo 1153 en nada se parece a nuestro artículo 464.

4) La protección del artículo 85 Código de Comercio español, por el contrario, es defendible en cuanto protege el tráfico en establecimientos mercantiles y a título oneroso de modo completo y desde luego en mayor medida que el Código de Comercio (HGB) alemán (que distingue entre pérdida voluntaria e involuntaria de la posesión) o el artículo 2280 del CC francés que, respecto de las cosas compradas a comerciante dedicado al tráfico de objetos semejantes, sólo otorga un derecho al reembolso del precio pagado por el comprador ². La adquisición en establecimiento mercantil constituye un supuesto muy diferente a la adquisición en cualquier otro lugar y por ello está justificada la mayor protección de los adquirentes y del tráfico. La protección al tráfico que otorga el citado precepto es, en su ámbito, de las más completas del Derecho comparado.

5) La regla la posesión equivale al título es inapropiada para establecer una adquisición *a non domino* precisamente porque no exige, como la italiana o el artículo 34 LH, un título, sino que lo concede. El tercero debe tener título por hipótesis. Si se pretende que la regla la posesión equivale al título sea una regla que establezca una adquisición *a non domino* entonces o no se respeta la regla o no se puede exigir al tercero un título oneroso, aparte de entender la palabra título en un sentido impropio.

6) La expresión título es la clave de la interpretación del artículo 464.I. La variedad de sentidos de esta palabra es la madre de todas las confusiones. No se puede interpretar una regla como la posesión equivale al título sin intentar precisar qué se entiende por título. Renunciar a ello, por pretender que ya se sabe el sentido de la regla, es lo que produce la confusión existente, y se apoya en el prejuicio de que debe significar lo mismo que en el Derecho francés. No se toma en cuenta, sin embargo, que en el Derecho francés se le otorga sentidos diversos según los casos.

² La valoración de CARBONNIER, *Droit civil*, 3, Les biens, París, 1990, p. 370 de los Derechos español, francés e inglés, es inexacta por no tener en cuenta el art. 85 del Código de Comercio español. Cree CARBONNIER que el Derecho francés ocupa un satisfactorio punto medio entre la amplia protección del tráfico inglesa y la escasa del Derecho español. La valoración es inexacta en varios sentidos, porque, además de la preterición del citado artículo 85, el Derecho inglés parte básicamente de *nemo dat quod non habet*, aunque con numerosas excepciones, pero no reconoce una regla semejante a *Hand wahre Hand*. El privilegio dispensado a las adquisiciones en *market overt* otorgaba menor protección que el artículo 85 Código de Comercio, porque excluía la adquisición del tercero si el ladrón era hallado y condenado. Hoy ese privilegio ha sido suprimido.

7) La expresión privación ilegal nunca puede ser el punto de referencia de un argumento *a contrario* que trate de precisar supuestos en que la reivindicatoria, en principio pertinente, quede excluida por una adquisición *a non domino*. No puede decirse que si en casos de privación ilegal procede la reivindicatoria en casos de privación legal no procede por haber adquirido otro *a non domino*. En casos de privación legal, el dueño habrá perdido la propiedad y no podrá reivindicar por no ser ya propietario. Eso es lo que se deduce de un argumento *a contrario* que tome como punto de partida la expresión privación ilegal. Es evidente que si una ley establece una adquisición *a non domino* (por ej., el art. 85 Código de Comercio), el propietario será privado de la cosa legalmente. La expresión privación ilegal nunca puede ser el punto de partida de un argumento *a contrario* que busque probar la existencia de casos de adquisición *a non domino*, porque es una expresión de referencia a la Ley. Tampoco se puede decir que la privación ilegal se refiere a la posesión inmediata, no sólo porque el artículo dice privado ilegalmente de la cosa, sino porque el artículo 463 deja claro que los mediadores posesorios no pueden perjudicar al dueño con sus actos. Es necesario probar de otra manera la existencia de una supuesta regla de adquisición *a non domino* o de irreivindicabilidad, y no a partir de un argumento *a contrario* montado sobre una expresión como privación ilegal. En cualquier caso, dejando ya aparte que el sentido propio de privación ilegal contenga una referencia innegable a la Ley, me parece claro que apropiaciones indebidas y estafas son privaciones ilegales. También se priva ilegalmente al propietario cuando sus bienes son adjudicados a otros a consecuencia de un juicio ejecutivo en el que no ha tenido parte.

8) Irreivindicabilidad es la expresión necesaria para introducir la confusión entre dos modos de ver la regla la posesión equivale al título diametralmente opuestos y para que en alguna medida, aunque mínima, se justifique la confusión jurisprudencial sobre las teorías acerca del artículo 464.I. Irreivindicabilidad es algo muy diferente de improcedencia de la acción reivindicatoria. Una cosa es que el propietario que ha probado su derecho no pueda reivindicar por haber obtenido el poseedor una situación de irreivindicabilidad, y otra muy distinta que el reivindicante no logre probar su derecho. No todos los reivindicantes o terceristas son dueños. Muchas veces quienes hablan de irreivindicabilidad parten de lo contrario, parecen suponer que sólo reivindicán los propietarios, cuando precisamente en una reivindicatoria se trata de saber si el reivindicante es propietario. Por eso, las sentencias que no dan lugar a la reivindicatoria o tercería por falta de prueba del dominio

no sostienen la tesis germanista, como inexplicablemente afirman algunos autores y sentencias. El fracaso de una acción reivindicatoria no tiene como reverso necesario ni una adquisición *a non domino* ni una situación de irreivindicabilidad. Que no se pueda reivindicar se debe en primer lugar a que no se den los presupuestos de la acción reivindicatoria como son la prueba del dominio del actor, la identificación de la cosa y la posesión indebida del demandado. Por tanto, del fracaso de la reivindicatoria no se sigue que exista una adquisición *a non domino* ni una irreivindicabilidad sustantiva. La irreivindicabilidad (sustantiva) propiamente dicha significa que el propietario a pesar de serlo, de haber probado su derecho y de no estar prescrita su acción ³, no puede reivindicar porque otro sujeto, que no ha adquirido la propiedad, es protegido por la denegación de la acción al propietario. Nada obliga a que algo semejante exista en el artículo 464.I; más bien parece una mezcla o confusión de dos planteamientos correspondientes cada uno a dos teorías diferentes sobre la regla la posesión equivale al título que una propia y verdadera teoría.

9) La teoría germanista no debe ser confundida con otras básicamente probatorias (sostenidas por Manresa, Vallet, Miquel) ⁴. Esa confusión la propicia el puente que establece la idea de la irreivindicabilidad entre las teorías anteriores y la germanista. Pero son dos maneras muy diversas de entender la regla la posesión equivale al título. Esas dos maneras, en lo esencial, se dan paradójicamente al mismo tiempo en el Derecho francés actualmente tal como lo interpreta toda la doctrina y la jurisprudencia: una es una regla sustantiva y otra es una regla probatoria. En el Derecho español la doctrina germanista sostiene una visión sustantiva de la regla la posesión equivale al título conforme a la que el supuesto de hecho de la norma es una enajenación efectuada por un no propietario que ha recibido la cosa del propietario a consecuencia de la que el adquirente obtiene la posesión de buena fe y la consecuencia jurídica es que al adquirir la posesión de buena fe el adquirente obtiene la propiedad. Vista así, es una regla sustantiva que correspondería al principio germánico expresado en las palabras *Hand wahre Hand*. La base de esta teoría son los antece-

³ Es discutido si puede prescribir la acción reivindicatoria sin que otro sujeto haya adquirido por usucapión. Me parece que en bienes muebles el problema se presenta de modo diferente que en bienes inmuebles porque el artículo 1962 señala como comienzo del plazo el momento de pérdida de la posesión, por lo que en principio podría correr sin que otro poseyera.

⁴ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, 1951, IV p. 372; VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del Código civil», *ADC 1956*, y en *Estudios de Derecho de Cosas*, II, Madrid, 1985; MIQUEL, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979.

denes históricos leídos de determinada manera y el modo francés de entender la regla en su versión sustantiva.

10) La visión probatoria de la regla parte de otra lectura de los antecedentes, pero sobre todo de que esa visión encaja mucho mejor en el Código que la sustantiva, precisamente por el sentido de título y de privación ilegal, así como por el carácter general de la usucapión mobiliaria (art. 1955) y la existencia de un precepto como el artículo 463 que excluye una adquisición *a non domino* de las cosas apropiadas indebidamente o lo que es lo mismo la lectura francesa de la regla la posesión equivale al título en su función sustantiva. La idea básica consiste en partir de que cuando alguien entabla una tercera de dominio o una reivindicatoria el problema es saber si el tercerista era propietario al tiempo del embargo o lo era el deudor o si el propietario es el reivindicante o el poseedor. La regla trata de resolver ese problema, y no el de, una vez resuelto ese problema, negarle o no la acción a quien se sabe que es propietario. Son dos problemas distintos que de alguna manera se confunden con la equívoca idea de la irreivindicabilidad. Esta idea es la que hace pasar a unas sentencias situadas en el plano de la prueba al plano sustantivo, para apoyar a la tesis germanista, sin advertir que se trata de dos planos diversos.

11) En un plano sustantivo, para entender la regla en el sentido de establecer una adquisición *a non domino*, tal como sostiene la tesis germanista, es preciso dar a la expresión título el sentido de propiedad. Es decir, leer la regla la posesión equivale al título como diciendo la posesión equivale al derecho de propiedad. Se identifican título y propiedad. La idea de la irreivindicabilidad procede más bien de la lectura *a contrario* de la segunda proposición del artículo 464.I: si se puede reivindicar en los casos que menciona, en los otros no se puede reivindicar, luego en ellos hay un supuesto de irreivindicabilidad. A partir de ahí es cuando algunos sostienen que hay una situación de irreivindicabilidad, la confunden con supuestos de improcedencia de la reivindicatoria por no ser el reivindicante propietario o por falta de prueba, o afirman que la imposibilidad de reivindicar se debe a una adquisición *a non domino*.

12) No se puede plantear el problema del significado de título como si consistiera en decidir entre título de propiedad o título de posesión. Plantear la cuestión así produce una falsa idea del problema. La cuestión clave consiste en entender bien la famosa teoría del título y el modo, que, como casi todo el mundo afirma, sigue nuestro Derecho y que en esencia era el sistema de transmisión y adquisición de la propiedad propio del Derecho común europeo del que se separarían tanto los Derechos francés e italiano, por una parte, como el Derecho alemán, por otra. En este sistema el título opera como

causa de la tradición, si el tradente es propietario, y como título de la usucapión si el tradente no es propietario. Propiedad del tradente y título son requisitos o condiciones independientes el uno del otro. Por eso el artículo 1952 puede definir el justo título necesario para la usucapión como el que legalmente baste para transferir el dominio y el artículo 1953 exigir que sea verdadero y válido. Un poseedor que haya adquirido la posesión a consecuencia de un título que baste para transferir el dominio, verdadero y válido, será propietario si el transmitente es propietario, pero no lo será si el transmitente no es propietario. Por eso cabe perfectamente una reivindicatoria contra un poseedor con título que legalmente baste para transferir el dominio, verdadero y válido⁵, si bien es obvio que el reivindicante tendrá que probar que no procede del propietario. En el caso de los bienes muebles, probando que procede mediata o inmediatamente de quien encontró la cosa o privó de ella ilegalmente al propietario. La existencia de un título que legalmente baste para transferir la propiedad, verdadero y válido, nunca ha impedido la reivindicatoria si el título procede de un no propietario. La tesis germanista se apoya por tanto en un concepto impropio de título que lo equipara a derecho; no entiende por título, como hay que entender, un negocio de adquisición del derecho que por sí solo no es suficiente para adquirir, porque exige 1) proceder de un propietario 2) además de la tradición, pero que por oposición a otros (comodato, arrendamiento o depósito) que no bastan, sí puede decirse que basta, presupuestos los otros requisitos, para transmitir la propiedad. Una vez hechas estas precisiones la contraposición título de propiedad-título de posesión aparece como desenfocada y provocadora de confusión. Un título tal como se define en el artículo 1952 sirve para adquirir la propiedad, si el tradente es propietario, por tradición y, si no es propietario, por usucapión. En ambos casos el título es el mismo y puede decirse que es título de propiedad y de posesión en concepto de dueño a la vez

⁵ Esto es lo que no entienden ni HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, pp. 526 y ss., ni CÁMARA, *La adquisición a non domino de bienes muebles*, Madrid, 1982, pp. 213 y ss., y en «Contribución al estudio del art. 464 del CC», en *RDN*, 1978 (núm. 104), pp. 60 y ss y nota 91. Entiende CÁMARA que la función de la usucapión es suplir deficiencias del título, pero solamente la que procede de la falta de titularidad del transmitente. Ignora que para el CC, dicha falta de titularidad no es un defecto del título. Es sobre esa ignorancia sobre la que Cámara sostiene que título en el art. 464 significa lo mismo que la definición de justo título del artículo 1952, *La adquisición*, cit. pp. 131 y s. Paradójicamente sostiene lo mismo precisamente que la clásica teoría romanista. Es obvio que entendiendo así la expresión título, como negocio adquisitivo que puede proceder o no de un propietario, si bien es correcto, es imposible que el artículo 464 establezca una adquisición a *non domino*. Véase MIQUEL, «Presunción de propiedad y exhibición del título», en *Centenario del Código civil*, Madrid, 1990, II pp. 1333 y ss., en especial nota 16.

porque sirve para fundamentar la adquisición de ambas. Si se quiere expresar la diferencia de las teorías en relación con el sentido de la expresión título, se puede decir que la germanista confunde título y propiedad, mientras que en mi opinión título en el artículo 464.I significa prueba del que legalmente baste para adquirir la propiedad en unión de otros requisitos cuya presencia no se da por cumplida en la consecuencia jurídica de la norma. Es decir, se da por probado que el poseedor es un poseedor con título, pero eso no significa que el título proceda del propietario. Puede proceder o no, pero si no procede, la regla la posesión equivale al título no subsana ese defecto. La prueba del título le sirve al poseedor para diversas funciones: a) si recibió la cosa del propietario, para probar completamente su propiedad tanto para reivindicar como para defenderse de una reivindicatoria; b) si recibió la cosa de un no propietario, para usucapir ordinariamente y para ejercitar una publiciana o defenderse de una publiciana; c) si se embargan bienes para entablar una tercería ⁶; d) en una tercería para sostener su propiedad frente al tercerista o para que la sostenga su acreedor ⁷. Como se ve, la regla no es inútil, como se pretende *por la tesis germanista*, aunque se entienda que no consagra una adquisición *a non domino*. La jurisprudencia ha hecho y hace aplicaciones de la regla en esas diversas situaciones y por cierto las más frecuentes son las referentes a tercerías de dominio. Esas

⁶ Entre otras muchas, véase STS de 7 mayo de 1993: «En el caso de Autos, con la demanda de tercería de dominio, la sociedad recurrente aportó unos apuntes del balance, y de los demás libros oficiales de dicha entidad, en los que figura relacionada la maquinaria objeto de la tercería, afirmando que tiene la posesión y la propiedad sobre tales bienes inmuebles; aportación y declaración que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes citada, y con la que afirma que, tratándose de bienes muebles basta con acreditar su posesión, para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil, se considere en principio como título adecuado, constituyen el conjunto de razones que cubren la aportación inicial. (Sentencias de 19 de diciembre de 1990 y 10 de junio de 1941)».

⁷ Por ejemplo, SAP León de 12 de enero de 1996: Los dos motivos del recurso tienen como presupuesto la afirmación que se efectúa de que el hecho de que la cómoda de cuatro cajones con las siglas B. A., objeto de embargo y ahora de tercería de dominio, estuviese en el domicilio del deudor don Silvino C. M. y de su esposa, esta última hija de la demandante tercerista, se debe a una pura circunstancia transitoria, cual es la realización de obras de pintura en casa de ésta última lo que motivó el traslado del mueble a casa de su hija. Sin embargo, como ya señala de un modo correcto la sentencia recurrida, tal alegada circunstancia en absoluto se ha demostrado o acreditado, incumbiéndole claramente a la tercerista reivindicante la carga de probar que la posesión del mueble embargado, cuya propiedad afirma le pertenece, no era en concepto de dueño. Es por ello que, entonces, permanece inalterable la aplicación del párrafo primero, inciso final, del artículo 464 del Código Civil, cuando afirma que «la posesión de las cosas muebles equivale al título...», lo que debe interpretarse, a los efectos de la tercería de dominio que nos ocupa, en el sentido de que, tratándose de bienes muebles, el tercerista que no tenía la posesión al tiempo del embargo debe probar que su derecho subsistía en aquel momento, esto es, que no había vendido, donado o en suma enajenado aquella cosa, si bien la prueba de tales hechos negativos se traduce en la de los positivos contrarios, que son la pérdida o la privación ilegal.

aplicaciones no tienen nada que ver con adquisiciones *a non domino* ni tampoco con la confusa irrevindicabilidad.

13) La cuestión suscitada en ocasiones sobre si la supuesta adquisición *a non domino* del artículo 464 exige título oneroso en principio debería responderse en sentido afirmativo⁸. Esto debería admitirse sin mayores problemas siempre que se acepte que el artículo 464.1 al establecer una equivalencia a título, establece una adquisición *a non domino*. Resulta, no obstante, que esa exigencia choca inmediatamente con la letra del precepto y revela las contradicciones de la interpretación francesa de la máxima «la posesión equivale al título». Por una parte, cumple una función probatoria de un título de adquisición (sin suplir la propiedad del transmitente) y por otra suple la propiedad del transmitente en una función adquisitiva *a non domino*. En ningún caso es preciso que el poseedor pruebe un título. En la función adquisitiva es protegido aunque se pruebe que no tiene ningún título o su título sea nulo, por tanto, también si es a título gratuito. En la función probatoria ha servido especialmente de defensa a los donatarios de bienes muebles en las donaciones manuales de cuya prueba carecen. En el Derecho español la jurisprudencia civil no ha fallado en favor de una adquisición *a non domino*, excepto la STS de 25 de febrero de 1992, que no obstante lo hace en un caso en el que valoró especialmente la actitud pasiva del propietario ante un embargo que conocía perfectamente. La mayor parte de las sentencias que se dice siguen la tesis germanista, no la siguen, y se refieren a casos de tercerías de dominio en las que hacen una aplicación probatoria de la regla. Aquí sería un disparate condicionar la aplicación de la regla a la existencia de un título oneroso. El propietario que pretende alzar un embargo por deudas ajenas (por ejemplo, de su arrendatario, depositario, etc.) tiene derecho a hacerlo cualquiera que sea la causa onerosa o lucrativa de su adquisición. Acertadamente la SAP Málaga de 24 de febrero de 1996 decide que es erróneo considerar necesario un título oneroso para aplicar el artículo 464.I: «el citado artículo 464 no exige al poseedor en ningún momento que pruebe un título o contrato oneroso para que la posesión equivalga al título como hace, por ejemplo, el artículo 34 de la LH para mantener al tercero en su adquisición; aceptar tal exigencia supondría la repudiación de la máxima: “la posesión fija la propiedad”»⁹. Evidentemente, si no se trata de una regla adquisiti-

⁸ Véase ALBALADEJO, «Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente», *ADC*, 1997, 483 ss.

⁹ Véase sobre esto MIQUEL, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1246: «En la teoría germanista generalmente se exige un título oneroso para que el poseedor adquiera. De este modo sería necesario probar un título para

va a *non domino*, es irrelevante la causa de la adquisición del poseedor. Si se trata de una regla que tiene por objeto facilitar la prueba de la causa de la adquisición (título) es absurdo exigir un título determinado. Favorece la confusión que se invoquen en favor de la tesis germanista sentencias que solamente hacen aplicación de una función probatoria del artículo 464. Lo peor es que se argumente a partir de esas sentencias que el artículo 464 establece una adquisición a *non domino* y después, una vez dado por supuesto eso, se sostenga que dicha adquisición requiere título oneroso sin pensar que en los casos de las sentencias de las que se ha partido esa exigencia conduciría a resultados grotescos.

II. EL PRETENDIDO GERMANISMO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA

Acerca de la interpretación del artículo 464.I se podrá seguir, como es obvio, la tesis que se quiera, incluso la germanista, mas es inadmisibile, cualquiera que sea la teoría que se siga, y muy criticable que, tal como se hace, se invoque la jurisprudencia de manera que induzca a confusión. Quien diga seguir la tesis germanista, o que otros la siguen, habrá de tener una idea al menos aproximada de esa tesis. En otro caso, ni siquiera partiendo de la discutible idea de que el Derecho es lo que la mayoría de los operadores quieren, se podrá sostener la tesis germanista, como algo medianamente coherente.

La misma jurisprudencia, en ocasiones, ignora lamentablemente lo que sostiene. Conocerse a sí misma es un imperativo que debería observar con rigor. El problema no es que no sepa la teoría que sigue, porque desde luego no es su misión ni formular teorías ni explicarlas, como tampoco enseñarlas ni bautizarlas. Pero sí debería abstenerse de pronunciarse sobre las teorías que no conoce o conoce mal. Aparte del despiste doctrinal, los errores en las citas se deben a la inveterada mala costumbre de no invocar las *rationes decidendi*, sino inoportunos *obiter dicta* que sirven para expresar las preferencias doctrinales de la sentencia, aunque sea asignando a una teoría lo propugnado por otra.

que la posesión equivaliera al título. Es erróneo considerar presupuesto del artículo 464 a los que no son más que presupuestos de una teoría que está por demostrar. El artículo 464 no exige al poseedor en ningún momento que pruebe un título o contrato oneroso para que la posesión equivalga al título, como hace por el contrario el artículo 34 LH para mantener al tercero en su adquisición. Aceptar esta exigencia representaría la repudiación más completa de los antecedentes de la máxima y una contradicción de ella consigo misma».

También es especialmente criticable que la jurisprudencia se cite a sí misma como mera coartada formal para justificar la existencia de una doctrina jurisprudencial, aunque las sentencias citadas no tengan nada que ver con ella, ocultando así que realmente se está produciendo un cambio jurisprudencial. Los *obiter dicta* cumplen entonces la función de preparar el cambio y suministrar a una sentencia posterior la coartada que haga innecesaria la especial justificación del cambio de jurisprudencia. Todo tiene entonces una apariencia legitimadora, que, sin embargo, se desvanece en cuanto se estudian mínimamente las sentencias implicadas. Esto es lo que sucede en torno a la jurisprudencia sobre el artículo 464, que, por lo demás, no es abundante y por ello controlable sin gran dificultad.

La jurisprudencia puede cambiar, pero no es admisible que haga creer que no cambia. Ahora, algunos quieren hacer creer que la jurisprudencia ha sido siempre preferentemente germanista (así por ejemplo lo dice la STS de 15 de febrero de 1990). Mas como no hemos perdido ni la memoria ni el don de la palabra, algo habrá que decir. ¿Se trata de un malentendido producto exclusivo de la precipitación o más bien del afán de tener razón? En 1979 ya observé que se pretendía hacer pasar por germanistas a sentencias que solamente trataban de problemas de prueba. Hoy se siguen invocando las mismas sentencias sin rigor y se añaden otras semejantes en favor de la tesis germanista. Por eso, entre otras razones, creo que debo escribir estas líneas.

Si decimos que cualquier sentencia que otorgue valor probatorio al artículo 464.I sigue la tesis germanista, no es posible entender nada ni discutir. Por ello ante todo hay que decir que la tesis germanista no se sitúa en el terreno de la prueba, sino que parte de que un propietario no puede reivindicar. No es tesis germanista, por supuesto, sostener que alguien no pueda reivindicar por no haber probado ser propietario. Son dos planteamientos diametralmente opuestos y no cabe argumentar desde las sentencias que se ocupan del segundo problema en favor de que resuelven el primer problema en sentido germanista. Es algo tan sencillo como entender que el hecho de que alguien no pueda reivindicar no tiene como reverso necesario una adquisición *a non domino* o una irrevindicabilidad. Expresión esta última que introduce el elemento necesario para que se produzca la confusión. Cuando se habla de adquisición *a non domino* no cabe duda de que hablamos de un supuesto en el que un tercero ha adquirido a pesar de que su transmitente no era propietario, pero si el poseedor adquirió de un propietario y en consecuencia el reivindicante no puede triunfar (como sucedió en la S. de 15 de febrero de 1990), no sólo no hay

ninguna adquisición *a non domino*, sino que ni siquiera hay una situación de irreivindicabilidad, que también supone que a un propietario, que ha probado serlo, se le niegue la reivindicatoria. Si quien es propietario en la realidad (se supone que se sabe quién es propietario, pero sólo porque se formula una hipótesis, y así lo hace la tesis germanista) no puede reivindicar por no acreditar su derecho, eso no será por una regla de adquisición *a non domino* ni de irreivindicabilidad. Será simplemente por no cumplir con la carga de la prueba. Otra cosa es que esa carga de la prueba sea distinta en bienes muebles y pueda pensarse que quien no cumpla con ella, pero sí hubiera cumplido con otra carga de la prueba ideal o de referencia (como la procedente en inmuebles), sea un propietario que no puede reivindicar. Pero eso sería razonar con unas reglas distintas de las aplicables a la carga de la prueba en el caso en cuestión. No cabe confundir el fracaso de una acción reivindicatoria por falta de prueba del derecho del demandante con los supuestos de protección a los terceros a través de reglas de adquisición *a non domino* o irreivindicabilidad. Una diferencia tan elemental se borra o pretende borrar cuando se invocan en favor de la tesis germanista sentencias que solamente tratan de la prueba del dominio de los bienes muebles.

Esto es lo que se viene haciendo por algunos autores y por algunas sentencias de manera absolutamente inadmisibles. En definitiva, tan inadmisibles como argumentar a partir de que si alguien no puede reivindicar es porque el demandado ha adquirido *a non domino*. Éste es en síntesis el núcleo del argumento central de la llamada tesis germanista. El artículo 464, nótese bien, leído *a contrario* no dice «el propietario que no haya perdido ni haya sido privado ilegalmente de la cosa no podrá reivindicar, sino simplemente «el que». Lo primero supone que sabemos por una prueba aparte quién es el propietario, lo segundo, que quien no pruebe pérdida o privación ilegal no ha demostrado ser propietario en el momento de reivindicar, aunque lo haya demostrado con referencia a un momento anterior. Debe probar que su derecho subsiste en aquel momento, esto es, que no ha vendido, donado o en suma enajenado aquella cosa, si bien la prueba de tales hechos negativos se traduce en la de los positivos contrarios, que son la pérdida o la privación ilegal¹⁰.

Ahora bien, lo que importa en este momento no son tanto los argumentos en favor de una u otra tesis, sino simplemente comprobar que se invocan mal las sentencias sobre el artículo 464 y que en

¹⁰ Véase la SAP León de 12 de enero de 1996, citada en nota 7, y MIQUEL, *Comentario del Código Civil*, cit. p. 1247.

verdad sólo siguió la tesis germanista la sentencia del TS de 25 de febrero de 1992.

Esta sentencia cita en favor de la tesis germanista las de 3 de marzo de 1980, 4 de diciembre de 1980, 26 de junio de 1984 y 15 de febrero de 1990.

Ninguna de estas sentencias trató de una adquisición *a non domino* ni de irreivindicabilidad alguna. Por ello están mal invocadas para fundar un cambio jurisprudencial. Además la de 15 de febrero de 1990, que trata de una inequívoca adquisición *a domino* y, por tanto, de ningún modo pudo aplicar la tesis germanista, invoca a su vez una lista de sentencias que tampoco se refieren a una adquisición *a non domino* o irreivindicabilidad.

La STS de 3 de marzo de 1980 se ocupó de un caso en que el tercerista no probó su dominio. La sentencia afirma que los documentos privados en que se apoyaba el tercerista «son insuficientes para revelar el título de dominio que alegó sobre los bienes embargados». No estaba probado el derecho del tercerista ¹¹. Ante unos hechos semejantes afirmar, como hace la sentencia, que se sigue la tesis germanista produce extrañeza, porque según esto la tesis germanista significaría que el tercerista *que no pruebe su derecho*, no puede vencer en su pretensión de alzar el embargo de unos bienes muebles que estaban en posesión del deudor contra quien se decretó el embargo. ¿No resulta eso de las reglas generales de la carga de la prueba? ¿Es ésa la tesis germanista? ¿No se está llamando tesis germanista a cualquier cosa? Sería un disparate, añadido, si se exigiera para aplicar esa tesis germanista que el poseedor lo fuera en virtud de un título oneroso. La tesis germanista no tiene nada que ver con las tercerías de dominio. ¿Es ésa la teoría germanista o un *lapsus calami* de quien quiere expresar su opinión sobre un tema que no está sometido a su decisión? ¹² La moderna línea jurisprudencial pretendidamente ger-

¹¹ La Sentencia afirma: «CDO.: Que los documentos que en dicho primer motivo se relacionan son los mismos que ya tuvieron en cuenta los Juzgadores de instancia, como se comprueba en el tercero de los considerandos de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia Territorial; ello aparte de que aquellos documentos son todos de carácter privado, por lo que, habiendo sido impugnados por la entidad demandada que compareció y siguió el proceso Fondo Nacional de Garantía, representado por la Caja General de Accidentes de Trabajo del INP, carecen de efectos frente a tercero, cuya cualidad tiene esa entidad demandada, por no concurrir ninguno de los supuestos en que conforme al artículo 1227 del CC debía surtir efecto para tercero la fecha de los documentos privados. Por todo ello, los documentos en que se funda este motivo carecen del carácter de autenticidad necesario para demostrar la equivocación evidente del juzgador, y son desde luego insuficientes, como declararon las sentencias de instancia, para revelar el título de dominio que el tercerista alegó de los bienes embargados; en definitiva, se llega a la desestimación del motivo examinado».

¹² La Sentencia sienta la errónea afirmación según la que el TS ha seguido la tesis germanista en los casos de tercería de dominio. Esta afirmación es llanamente una clara

manista arranca de la confusión provocada por esta sentencia sobre la tesis germanista al afirmar en un clarísimo *obiter dictum* que la jurisprudencia sigue la tesis germanista en las tercerías de dominio.

Pero que se equivoque una sentencia sobre lo que significa la tesis germanista no es grave, si, como en la citada, se falla correctamente y quienes la leen después perciben que sólo se trata de un mero *obiter dictum* y de un error doctrinal sin trascendencia en el fallo. Lo grave es que después se invoque esta sentencia para decir que ya el TS ha seguido la tesis germanista. Sígase la tesis que se quiera, pero no se cometan atentados contra la razón diciendo que una sentencia que no estimó probada la propiedad de un tercerista, que sólo presentó documentos privados sin fecha cierta, sigue la tesis germanista. Eso no es la tesis germanista. Eso no es más que una regla de la carga de la prueba absolutamente elemental y que nadie pone en duda.

La tesis germanista exigiría que a pesar de estimarse probada la propiedad del actor se le negara su acción contra un tercero adquirente de buena fe. El supuesto de hecho, por ello, no puede darse en la tercería entablada, por ejemplo, por quien depositó la cosa en poder de un depositario contra quien se decretó un embargo, porque

prueba de que se ignora lo que es la tesis germanista, porque nadie ha pretendido que esa teoría asigne a la posesión de bienes muebles una función probatoria. «CDO: Que el motivo cuarto, con el mismo apoyo en el artículo 1692.1.º de la LEC, alega la violación por aplicación indebida del artículo 464 del CC, cuyo primer párrafo declara que «la posesión de los bienes inmuebles adquirida de buena fe equivale al título»; norma que el recurrente estima que al hablar de «posesión» no incluye la «propiedad», y al haberlo entendido de este modo la sentencia recurrida hizo indebida aplicación de aquella norma; más aparte de que este motivo también presupone, según la particular apreciación del recurrente contraria a la obtenida por la Sala de instancia, que la propiedad de las cosas embargadas le pertenecen, lo que sería suficiente para su desestimación dado que no respeta los hechos acreditados en la instancia, aparte de ello olvida la doctrina de esta Sala recaída en pleitos sobre tercerías de dominio, en la que se ha seguido la dirección germanista en la interpretación del artículo 464 del CC, a tenor de la cual su párrafo 1.º sienta el principio de irreivindicabilidad adquirida de buena fe, como lo atestigua utilizar en el segundo inciso la idea de reivindicación que no se utiliza nunca tratándose de recuperar una mera posesión, ya que la acción reivindicatoria tiene en nuestro ordenamiento un claro e inequívoco sentido; por tanto, la posesión de las cosas muebles a estos efectos se refiere a título de dominio; y el precepto sanciona la irreivindicabilidad de los bienes muebles; doctrina seguida, aunque para sentar distintas consecuencia, por las Sentencias de 11 de julio y 19 de diciembre de 1900, 3 de marzo de 1951 (RJ 1951/1873), 1 de diciembre de 1910, 8 de octubre de 1929 y 5 de diciembre de 1924; por lo que en definitiva a la sentencia recurrida al interpretar el artículo 464 dando a la posesión de la cosa, hecho probado en la instancia, efectos dominicales, no aplicó debidamente (?) la norma legal referida». Esta sentencia confunde la tesis germanista con la tesis llamada intermedia, que niega la adquisición *a non domino*, pero asigna a la posesión una función probatoria del dominio (MANRESA, VALLET DE GOYTISOLO y MIQUEL, aunque con diversos matices). Es evidente que la tesis germanista no es seguida por la Jurisprudencia en las tercerías de dominio, porque el conflicto no se suscita entre un propietario y un tercer adquirente, sino entre quien se afirma propietario y un acreedor que ha obtenido un embargo sobre bienes que afirma son de su deudor.

entonces todavía no ha surgido ningún tercer adquirente de buena fe ni a título oneroso ni lucrativo. El conflicto en este caso enfrenta al propietario y al acreedor que ha obtenido el embargo por deudas del depositario. Ningún autor ha pretendido todavía, a lo que sé, ni ninguna sentencia ha resuelto, que los acreedores del depositario, comodatario o arrendatario sean preferidos frente a un tercerista que acredite su propiedad. Por ello, es una grave confusión decir que el TS sigue la tesis germanista en las tercerías de dominio. En las tercerías de dominio no se duda que el propietario pueda levantar el embargo por deudas ajenas de las que no deba responder. El problema en las tercerías de dominio de bienes muebles es si está o no probado el derecho del tercerista en el momento de trabarse el embargo. El artículo 464.1 se aplica efectivamente en las tercerías de dominio a efectos probatorios, pero no a efectos sustantivos de negar acción al propietario que hubiera demostrado su derecho. Esto lo hace la STS de 25 de febrero de 1992, pero no en una tercería de dominio, sino en una acción reivindicatoria de quien no había ejercitado la tercería, cosa que el TS reprocha al actor, de cuyo dominio anterior a la adquisición del tercero no se duda. Es claro que podría haber levantado el embargo si hubiera ejercitado una tercería. Esta sentencia, aunque trataba de un caso de venta pública y podía haber aplicado el apartado 2 del artículo 464, prefirió entender que el embargo y ejecución de bienes de propiedad de persona distinta del deudor no es una privación ilegal y que, por tanto, ni siquiera puede el propietario recuperar los bienes contra reembolso del precio pagado por el adjudicatario. Resulta de esta sentencia que el propietario de unos bienes no es privado ilegalmente si sus bienes sirven para satisfacer deudas ajenas, resultado que no es posible compartir ni es coherente con otras sentencias tanto en materia de bienes muebles como de inmuebles. Eso es una privación legal, según la sentencia citada, a pesar de los artículos 348, 349 del CC, 24 y 33 CE, y a pesar de toda una línea jurisprudencial, que la sentencia también recuerda, que admite la posibilidad de declarar la nulidad de actuaciones en un juicio declarativo a instancias de quien no tuvo conocimiento de la ejecución de sus bienes por deudas ajenas¹³. A pesar

¹³ Dice la STS de 25 de febrero de 1992: «Si no estuvo imposibilitado de ejercitar la tercería, y en Autos no hay la más mínima prueba de ello, no puede peticionar en un juicio declarativo posterior la nulidad pretendida, pues si bien la doctrina de esta Sala reconoce a quien no fue parte en el juicio donde se cometieron las irregularidades que se denuncian (aquí el embargo de bienes que no eran del ejecutado sino que los poseía como arrendatario) entablar un declarativo posterior para obtener la nulidad de los actos afectados por tales irregularidades, no es menos cierto que la restringe, por obvias razones de seguridad jurídica, a que no hubiese tenido medios legales de reparar en el anterior juicio el ataque a los derechos que cree le corresponden (Sentencias de 17 de diciembre de 1919, 30 de abril de 1930, 22 de diciembre de 1967 y 4 de diciembre de 1980)».

también de que hoy por hoy no existe un precepto, una ley, que disponga esa consecuencia. Sólo existe un extraño argumento según el que privación ilegal no significa lo contrario de privación legal.

La aplicación del artículo 464.I en las tercerías de dominio tiene un sentido probatorio y no sustantivo. Por ello, es imposible que estas sentencias sigan la tesis germanista. Basta ya, por tanto, de citar sentencias sobre tercerías de dominio en favor de la tesis germanista. Estas sentencias o aplican el artículo 464.I para estimar probado el derecho del tercerista, porque su posesión equivale al título, o entienden que el propietario es el deudor embargado que era el poseedor. Se trata de saber quién es el propietario, no de negar la acción a quien ha probado ser propietario. La diferencia es abismal. Se hace una aplicación probatoria de la regla la posesión equivale al título. Esa aplicación es correcta y no sólo no es aplicación de la regla entendida en sentido germanista, sino que es una aplicación incompatible con este sentido, porque es evidente que tener por probado el título de adquisición del tercerista por aplicación de la regla la posesión equivale al título, es incompatible con exigir un título oneroso para la aplicación de esa regla. El absurdo llega a cotas tan altas que no comprendo cómo autores solventes no reparen en ello. Me parece un error decir al mismo tiempo que la jurisprudencia sigue la tesis germanista (cuando la mayoría de las sentencias aludidas tratan de tercerías de dominio) y que para aplicar esta teoría debe entenderse que el artículo 464.I exige un título oneroso (para que la posesión equivalga al título). Eso aparte de que separadamente es ya claramente erróneo, junto produce un resultado grotesco: si al tercerista se le aplica la exigencia de título oneroso para que pueda levantar un embargo o si para decidir que el deudor embargado es propietario exigimos que haya adquirido a título oneroso. Es una inexactitud decir que en tercerías de dominio el TS sigue la tesis germanista, pero lo es más decir eso y añadir que la tesis germanista exige un título oneroso. También me parece rechazable, desde luego, que una adquisición *a non domino* se produzca en favor de adquirentes a título gratuito, pero ésa es otra historia. Si inventamos una adquisición *a non domino*, es razonable inventarla lo mejor posible. Lo difícil es atribuir a una regla como la posesión equivale al título el sentido de una adquisición *a non domino* y exigir, para que la posesión equivalga al título, un título.

Me parece claro que: 1) La jurisprudencia no sigue la tesis germanista, aunque a veces lo haya dicho, en sentencias que o no saben lo que sostiene la tesis germanista o quieren preparar el terreno a otras sentencias posteriores. No es tan censurable una confusión semejante, si la sentencia falla bien, generalmente así lo hacen las

sentencias a que me refiero, como que la doctrina o las sentencias posteriores la invoquen posteriormente a otro propósito y para fundamentar un fallo diferente en caso también diferente. 2) Sería un grave error sostener que la aplicación de la regla la posesión equivale al título exige un título oneroso, salvo que se hiciera en supuestos propios de la tesis germanista, no en otros, y siempre naturalmente que fuera correcta la tesis germanista al sostener que privación ilegal sólo existe en los casos de robo o hurto. Pero que privación ilegal solamente signifique robo o hurto, y deje fuera la apropiación indebida o la estafa no puede admitirse en nuestro Código y es imposible que se derive del artículo 1962, tal como hace la STS de 25 de febrero de 1992.

La STS de 25 de febrero de 1992 cita sentencias en favor de la tesis germanista, como si ella, la de 25 de febrero de 1992, no se apartara de la jurisprudencia del TS. Ya hemos visto que en la citada STS de 3 de marzo de 1980 no se trata más que de una confusión, lo lamentable es que la de 25 de febrero de 1992 la invoque. Podría pensarse que todo queda en una sola cita errónea. No, aún se citan otras sentencias que tampoco tienen nada que ver, pero que al parecer siguen sin saber qué tesis sostienen.

La STS de 15 de febrero de 1990 nada tiene que ver con ninguna adquisición *a non domino* y decir que sigue la tesis germanista es decir que se aplica la tesis germanista cuando se adquiere *a domino*. Según los hechos probados, que por cierto están excelentemente expuestos en esta sentencia en su fundamento de derecho segundo, resulta bien claro que no hay ninguna adquisición *a non domino*. «Bynsa» compra a «Fundialsa» un troquel, cuya fabricación ésta encarga a «Matrici». «Matrici» lo fabrica y entrega a «Fundialsa» sin reserva de dominio. «Fundialsa» lo entrega a «Bynsa» (4 de marzo de 1982) quien paga el precio estipulado a «Fundialsa». Por tanto, «Bynsa» ha adquirido la propiedad *a domino* sin ningún género de duda. No hay ni adquisición *a non domino* ni irreivindicabilidad cuando se niega a «Matrici» la reivindicatoria contra «Bynsa». «Matrici» no puede reivindicar porque ha dejado de ser propietaria desde que entregó el troquel a «Fundialsa». Son aplicables las reglas normales de adquisición de la propiedad y aquí ninguna tesis germanista entra en juego. Si «Fundialsa» y «Matrici» pactan, después de la entrega del troquel a «Bynsa», una reserva de dominio (en un documento de fecha de 25 de mayo de 1982 firmado el mismo día por ambas partes, la una en Bilbao y la otra en Orense) y la inscriben (4 de noviembre de 1983) también mucho después de haber transmitido «Fundialsa» la propiedad a «Bynsa», ese pacto no sirve para nada, sencillamente porque lo pactan dos partes que si bien fueron

sucesivamente propietarias del troquel, ninguna de las dos es propietaria al tiempo de acordarlo y menos al de inscribirlo. ¿En qué cabeza cabe que procediera una acción de «Matrici» contra «Bynsa», porque «Fundialsa» no hubiera pagado a «Matrici», en virtud de un pacto de reserva de dominio que no se estableció antes de que «Matrici» transmitiera la propiedad a «Fundialsa» y que sólo inscribió mucho después de la adquisición de «Bynsa»? Si esto es una aplicación de la tesis germanista, ¿cuál es la tesis germanista? Por otra parte, ni siquiera es por aplicación del artículo 464.I, por lo que una resolución por incumplimiento no alcanza a un tercero de buena fe, sino por aplicación del artículo 1295 que es al que remite el artículo 1124. El artículo 464.I no es el que protege al tercero, sino el artículo 1295 tal como dice el artículo 1124 del CC. También Gordillo ha sostenido que el pago del precio es un requisito de la transmisión de la propiedad en su comentario a la STS de 5 de mayo de 1983¹⁴, lo que carece de apoyo en el CC. Ni siquiera en la tradición del Derecho Común esto era así si se vendió a crédito, lo que se presumía si el vendedor no ejercitaba su acción en breve plazo. Por lo demás resulta paradójico aplicar a este caso del vendedor que no vende a crédito, la regla la posesión equivale al título, cuando si algo era claro en la costumbre de París, que comenta Bourjon, de quien procede la máxima, es que el vendedor en ese caso podía reivindicar incluso de un tercero de buena fe (art. 176). A Bourjon no le plantea ningún problema esa reivindicación del vendedor no pagado, a pesar de que no haya un hurto de la cosa ni siquiera siguiendo el amplísimo concepto de hurto del Derecho anterior a la revolución francesa. En cualquier caso en nuestro Derecho actual es evidente que el pago del precio no es requisito de la transmisión de la propiedad (*vid.* art. 1922.1.º que confiere al vendedor una preferencia para el cobro de su crédito por el precio no pagado sobre el bien mueble vendido si se encuentra en poder del comprador). Resulta clarísimo que el vendedor a pesar de no haber cobrado el precio ya no es propietario aunque la cosa esté en poder del mismo comprador. Es evidente que para nada hace falta una adquisición *a non domino* en favor del tercero que adquiere del comprador, aunque éste no haya pagado el precio al vendedor, porque ese tercero adquiere *a domino*. El afán de mantener la propiedad en el vendedor no pagado es infundado y solo se explica por querer justificar con la doctrina de la apariencia, y más en concreto con el artículo 464, la adquisición del tercero. Mas esa adquisición es *a domino* y la doctrina de la apariencia nada tiene que hacer aquí.

¹⁴ GORDILLO, «Comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1983», en *ADC*, 1984. Véase también mi comentario a la misma sentencia en *CCJC*, 3.

La Sentencia ahora comentada deja bien claro que «Bynsa» adquirió el molde o troquel sin que existiera ningún defecto en su adquisición, cuando dice: *Por otra parte, la sentencia recurrida tampoco ha incurrido en infracción del artículo 609 del CC, cuya violación, por no aplicación, denuncia la recurrente, pues a la misma conclusión obtenida habría de llegarse por la virtualidad de la teoría del título y el modo (a la que parece querer referirse la recurrente en el desarrollo del motivo segundo) que, para la adquisición como consecuencia de ciertos contratos, consagra dicho precepto en relación con el artículo 1095 del mismo Cuerpo Legal, pues BYNSA adquirió la propiedad del molde a virtud del contrato (título) que para ello tenía celebrado con FUNDIALSA, la cual se lo entregó (modo) el día 2 de marzo de 1982, entrega que, por otra parte, le podía hacer FUNDIALSA, pues ésta, según declara probado la sentencia recurrida, lo recibió de MATRICI sin reserva alguna de dominio, ni limitación respecto de su posible enajenación». De manera que «Bynsa» recibió la cosa de su propietario, «Fundialsa», a consecuencia de una venta, sin que el transmitente «Fundialsa» tuviera ninguna limitación en su poder de disposición. ¿Dónde está el juego de una adquisición *a non domino*? ¿Se puede invocar una sentencia que trata de una adquisición *a domino* para justificar una doctrina que sostiene una adquisición *a non domino*? Es evidente que esta sentencia no aplica ninguna tesis germanista, aunque lo diga, porque no se puede adquirir *a domino* y *a non domino* al mismo tiempo. Semejantes afirmaciones sólo se pueden explicar por la notable confusión que trae su origen de la STS de 3 de marzo de 1980 antes comentada. Es claro que así no se puede invocar la jurisprudencia. La misma Sentencia que comentamos cita otras cuya invocación es también incomprensible.*

En la STS de 19 de diciembre de 1900: el tercerista prueba su derecho con ayuda del artículo 464.I. Fueron embargados bienes de A por deudas de B. Estando probado que los bienes los posee A y acompañado un contrato de inquilinato y los recibos de pago del alquiler, prospera la tercería. No hay ni asomo de tesis germanista: ni adquisición *a non domino* ni tampoco irreivindicabilidad. Lo que dice el TS es que: «tratándose de bienes muebles, la posesión adquirida de buena fe equivale al título y da derecho al que la tuviere y hubiere sido privado de ella ilegalmente, para reivindicarlos, a cuyo fin se dirige la demanda de tercería, que estimó la Sala sentenciadora, apreciando en uso de su competencia, no sólo la eficacia jurídica de aquellos documentos, sino la de un conjunto de pruebas que acreditan, a su juicio, la posesión y pertenencia de los bienes que fueron objeto de embargo». Esto coincide plenamente con la teoría mal entendida, pero bautizada de intermedia, aunque no lo sea, sosteni-

da por Vallet de Goytisolo y por mí mismo. Esta sentencia parte con toda razón de que el propietario había sido privado ilegalmente de sus bienes. No aplica el artículo 464.I como la tesis germanista ni en un caso de los que la tesis germanista cree que son los propios de la adquisición *a non domino*.

En la STS de 12 de diciembre de 1924, se trata de lo mismo: se embargan unas vacas, que poseía el tercerista, por deudas de su hermano. EL TS estima que a los efectos del artículo 1537 de la LEC, es título adecuado, tratándose de bienes muebles, acreditar su posesión conforme a lo preceptuado en el artículo 464 CC. No hay ningún problema de adquisición *a non domino*. El artículo 464 se aplica al tercerista, justamente de la manera que sostiene la tesis que enfoca el artículo 464.I desde la prueba.

STS de 8 de octubre de 1929: Es aún más incomprensible que esta sentencia se cite a este propósito, porque el tercerista era de mala fe. Se entendió que tercerista y ejecutado eran la misma persona. ¿Cómo se relaciona esto con la tesis germanista? ¿Acaso se establece una adquisición *a non domino* o una irreivindicabilidad al negar que un deudor pueda impedir el embargo de sus bienes por medio de una sociedad que interpone la tercería y que el tribunal consideró constituida simuladamente para ello? No veo cómo se puede defender que el TS ha seguido la tesis germanista en esta sentencia, como no sea ignorando lo que sostiene la tesis germanista.

La STS de 18 de junio de 1930, es citada por la STS de 15 de febrero de 1990 y por Hernández Gil, entre varias, diciendo: «otras sentencias que afectan a la materia son más secundarias»¹⁵. En esta sentencia se trata de un incidente de nulidad de actuaciones en el que la Audiencia había declarado la nulidad solicitada retrotrayendo el procedimiento al estado en que se decía cometida la infracción. El adjudicatario de un crédito en la subasta judicial que había sido declarada nula recurre en casación como comprendido en el número 1 del artículo 1690 y amparado en el artículo 1695 LEC. EL TS estima el recurso, afirmando que adquirida la propiedad del crédito por un extraño al pleito, es evidente que los pronunciamientos de la sentencia que puso fin al incidente de nulidad de actuaciones y en ejecución de la sentencia origen de la vía de apremio en que la subasta tuvo efecto, solamente pueden afectar a los derechos de quienes fueron litigantes en el momento en que se realizó el embargo y la subasta, pero que para ser privado del crédito que le cedió el Juez es absolutamente necesario que fuera vencido en el correspondiente

¹⁵ *La posesión*, Madrid, 1990, p. 632 y s.

juicio declarativo por hallarse su derecho de propiedad amparado en el artículo 348 del CC, que por tanto ha infringido la sentencia recurrida. En este caso el adjudicatario no ha sido parte demandada por lo que no le puede afectar la nulidad de actuaciones.

STS de 3 de marzo de 1951. La cita de esta sentencia en favor de la tesis germanista es también increíble, porque lo que se cuestiona en esta sentencia es si en la usucapión mobiliaria hace falta o no el título. Un arrendatario, perseguido en la guerra civil, tuvo que ausentarse y el arrendador se hizo cargo de los muebles que aquél tenía en la finca arrendada. A su regreso, los herederos del arrendador pretenden que el arrendatario había vendido los bienes a su causante, lo que se desestima. También alegaron usucapión conforme al artículo 1955, lo que tampoco fue estimado. La sentencia entiende que la usucapión ordinaria de bienes muebles requiere además de buena fe, justo título: «que como necesario exige el artículo 1940 y que no obsta a ello la aparente exclusión que de este requisito hace el artículo 1955 puesto que su silencio, acerca de él, se halla suplido al disponer el artículo 464 que la posesión de los bienes muebles, cuando se adquieren de buena fe —ha de entenderse que a título de dueño— equivale al título». Estas afirmaciones son totalmente opuestas a la tesis germanista. Por eso es inverosímil, pero cierto, que esta sentencia sea citada por la de 15 de febrero de 1990 en favor de la tesis germanista. La fuente de la que bebe esta sentencia es también la STS de 3 de marzo de 1980, verdadero origen de toda la confusión ¹⁶.

STS de 18 de diciembre de 1958. Otra vez se trata de una tercería interpuesta por el poseedor. Se embargaron unos toros que se encontraban en una finca de la que el tercerista era arrendatario. El tercerista se había comprometido a aportar los toros a una sociedad existente entre él y el deudor, pero el tercerista en su confesión hizo la reserva de que las aportaciones a la sociedad no se habían efectuado. La sentencia dijo: «el tercerista no sólo acreditó en el proceso el dominio con la presunción legal de la posesión de las reses debatidas, sino que tal dominio e identificación aparecen avaladas y robusteci-

¹⁶ Da pie a la confusión la opinión de ALBALADEJO sostenida ya en la edición de 1974 de su *Derecho civil III-1*, p. 100, nota 114 bis, donde citaba algunas de estas sentencias si bien como menos específicas que las adversas (13 de enero de 1926, 19 de junio de 1945, 26 de junio de 1946 y 27 de mayo de 1958), diciendo: «aun siendo menos específica (esta jurisprudencia) de algún modo parece favorable a la tesis que defendemos (la germanista), o bien es seguro que presupone o parte de la idea de que probada la adquisición de buena fe de la posesión de muebles en concepto de dueño, se ha probado el dominio de aquéllos...». Se pasa de una tesis sustantiva del artículo 464.1 a una probatoria, o se invoca una jurisprudencia que hace una aplicación de la regla en un sentido probatorio para justificar un sentido sustantivo de la regla.

das por toda la documentación oficial derivada del régimen intervencionista a que está sometida la posesión, circulación y transmisión del ganado». ¿Acaso la tesis germanista habla de «presunción legal» para acreditar el dominio? ¿O más bien de que a pesar de que esté acreditado se pierde por la adquisición de buena fe realizada por un tercero a título oneroso cuando el propietario haya confiado la cosa a un mediador posesorio? No existe nada parecido en esta sentencia.

En la STS de 19 de diciembre de 1966, se plantea un problema de resolución por incumplimiento de una venta de un automóvil que había sido objeto de una previa apropiación indebida. La venta en cuestión ligaba a un vendedor que no era ni quien se había apropiado indebidamente del automóvil, ni de mala fe, con un comprador que, a su vez, lo había vendido. El automóvil había sido embargado. Si se partiera de la tesis germanista, no habría lugar al problema. La tesis de la que parte la sentencia es más bien que el artículo establezca una presunción legal susceptible de prueba en contrario ¹⁷.

La STS de 26 de junio de 1984 afirma lo siguiente: «Que es fundamento esencial de hecho de la sentencia de instancia, para denegar el alzamiento del embargo de los bienes muebles pretendido con la acción de tercería de dominio, que ni los terceristas prueban el dominio sobre los bienes y que, más importante aún, existió una confabulación entre el ejecutado (titular del local de negocio) y los después terceristas «para dejar sin valor el embargo realizado», mediante la entrada de éstos como arrendatarios simulados y poseedores o dueños de los efectos y cosas (máquina registradora, cinco sillones, ventilador, espejos, estanterías metálicas y de madera, existencias de calzado, etc.), que fueron los sujetos a traba por la acción de la sociedad (aquí recurrida) vendedora del negocio a dicho ejecutado, deudor de la casi totalidad de su precio».

¿Qué relación tiene esta sentencia con la tesis germanista del artículo 464? Si un tercerista no tiene ningún derecho a los bienes ¿quién pretende que pueda alzar el embargo? ¿Hay teorías sobre esto? ¿Hay alguna discusión sobre esto? ¿Hace falta traer a colación la tesis germanista del artículo 464.I? Nada más lejos de esta teoría que un caso como éste.

¿Pero de dónde procede ese error? La confusión procede de no querer distinguir título y propiedad. También tiene su origen en un planteamiento erróneo consistente en establecer que todo depende de si título en el artículo 464 es de posesión o de propiedad. Planteamiento absolutamente confuso, porque ignora que

¹⁷ R. DE ANGEL, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria*, Bilbao, 1975, p. 76.

nadie pretende dar a título el sentido de un mero título de posesión en concepto distinto al de dueño (arrendamiento, comodato, deposito etc.)¹⁸. Se ignora que la compraventa es un título de posesión y que no resulta impropio llamarla título de propiedad. ¿Entonces qué diferencia hay? No todos los que se oponen a la tesis germanista entienden lo mismo por título. En cualquier caso, la confusión procede de no entender bien que un título que legalmente baste para transferir el dominio, verdadero y válido, no es por sí solo suficiente para que el poseedor sea propietario. Y sin embargo, que eso es así resulta de modo indudable del CC, artículos 1952 y 1953, que por cierto, son muy mal entendidos a veces¹⁹. El título no sólo fundamenta la adquisición de la posesión sino también la de la propiedad. Por ello no hay títulos de propiedad (en las adquisiciones derivativas *inter vivos*) que no lo sean también de posesión (en concepto de dueño) y viceversa. La diferencia no está en el título. El mismo título, una compraventa, verdadero y válido, funda la adquisición de la posesión y de la propiedad por tradición, si el tradente es propietario, y por usucapión, si el tradente *no* es propietario.

Por tanto, no hay diferencia entre un título de posesión en concepto de dueño y otro de propiedad. Lo que sucede es que un título, aunque añadamos de propiedad, no es más que un título y no significa que quien lo tenga reúna todos los requisitos necesarios para ser propietario. Propiedad y título son dos cosas diferentes, no sólo porque para adquirir la propiedad haga falta la tradición, sino porque es necesario que sea efectuada por el propietario, salvo, claro está, que se establezca un supuesto de adquisición *a non domino*... Pero de eso se trata justamente.

¹⁸ Es una excepción MARTÍNEZ CALCERRADA, *RDP*, 1977, pp. 434 y ss.

¹⁹ Es modelo de confusión en esta materia la STS de 14 de marzo de 1983 del mismo Ponente que la de 3 de marzo de 1980 citada, cuando dice: «Que de la carencia de título de la vendedora y recurrida, doña Josefa P., deriva evidentemente que el adquirente, conocedor de aquella carencia de título, ya que sabía, según declaró, que el inmueble vendido no pertenecía a la vendedora, ni le constaba una fehaciente liquidación de la sociedad conyugal y consiguiente adjudicación a la disponente, sabía que el título adquirido, al no ser verdadero y válido, no podía servirle de justo título para prescribir el dominio, según fue equivocadamente admitido por la sentencia de instancia, puesto que un contrato inexistente o radicalmente nulo no puede integrar el justo título a que se refiere el artículo 1952 del CC, ya sea por defecto de forma esencial o por otro defecto sustancial, como lo es la falta de título dominical por parte del transmitente, conocido por el comprador». Sin perjuicio del acierto del fallo por otras razones, en esta sentencia se observa muy claramente la confusión entre título como derecho, por una parte, y título como negocio por el que se adquiere el derecho, negocio que es nulo por falta de título del transmitente. De ese modo nunca habría lugar a la usucapión ordinaria. Véase el comentario de DELGADO en *CCJC*, 1. También mi comentario a la STS de 5 de mayo de 1983 en *CCJC*, 3, donde aludo también a la que ahora me refiero.

Es imposible establecer una adquisición *a non domino* por medio de un norma que conceda al tercero lo que por hipótesis éste ha de tener: el título. Una norma que tenga por consecuencia dar por existente el título, no puede establecer una adquisición *a non domino*. Lo que le falta al tercero que compra una cosa ajena para adquirir la propiedad no es el título, que eso es la compraventa (verdadero y válido), sino la propiedad del tradente, requisito independiente del título como lo prueban no sólo la doctrina correcta sobre la venta de cosa ajena, sino también los artículos 1952 y 1953.

De aquí todas las dificultades que presenta una interpretación inspirada en la confusión entre título y propiedad. En otros Derechos la diferencia será más o menos visible por su sistema consensual de transmisión, pero también es existente. Muy significativo es que el CC italiano ya no formule la regla posesión vale título, aunque los autores hablen de ella, sino que exija un título idóneo para la adquisición *a non domino* que establece. En una norma de adquisición *a non domino* el lugar correcto del título es el supuesto de hecho normativo y no la consecuencia jurídica. Eso es lo que hace el artículo 34 LH. Es decir, tener título (verdadero, válido y oneroso) es un requisito que sensatamente se debe exigir al tercero adquirente *a non domino*. Pero, por eso mismo, el artículo 464.I que concede el título (la prueba del título de adquisición) no puede ser una norma de adquisición *a non domino*.

Ésta es también la interpretación correcta de la relación existente entre los artículos 33 y 34 LH, que cuando es mal entendida, lo es por los mismos errores que frecuentemente se dan en la interpretación de los artículos 1952 y 1953. Los títulos inscritos deben ser verdaderos y válidos (art. 33 LH) y la falta de titularidad del transmitente no implica su nulidad. Si la implicara no habría ninguna posibilidad de adquisiciones *a non domino* en virtud de la fe pública registral y de respetar el artículo 33 LH al mismo tiempo.

Finalmente entre las presuntas sentencias germanistas se cita también a la STS de 4 de diciembre de 1980. Es curioso, cuando menos, que la STS de 25 de febrero de 1992 cite esta sentencia en apoyo de la doctrina germanista, porque nada menos que declara la nulidad de un juicio ejecutivo por lo que prevalece el derecho de un acreedor hipotecario sobre el tercer adquirente. Un argumento que utiliza esta sentencia es ciertamente el de que de otra manera el acreedor podría verse perjudicado por la protección que pudiera dispensar a un tercero el artículo 464. Mas no dice qué protección le dispensa el artículo 464, es decir, si una protección total o el derecho al reembolso del precio. El artículo 464.II dispensa evidentemente una protección al tercero, y eso no es discutible, pero no es precisa-

mente una adquisición *a non domino*, sino una protección condicionada a que el propietario no le restituya el precio. Bien puede configurarse como una adquisición resolutoriamente condicionada a la restitución del precio. Por eso la sentencia ni siquiera dice que el artículo 464.I establezca una adquisición *a non domino*.

Lo sorprendente en este punto de la STS de 25 de febrero de 1992 consiste en que argumente con una sentencia *que concede* lo que ella no concede. Precisamente la sentencia de 4 de diciembre de 1980 concede la nulidad del juicio ejecutivo con lo que desaparece cualquier protección del tercer adquirente. No ya la supuesta por la STS de 1992 (adquisición *a non domino* o irreivindicabilidad), sino también la indiscutible del párrafo II. La argumentación de la STS de 4 de diciembre de 1980 hubiera debido llevar, de haber sido seguida por la de 25 de febrero de 1992 a no proteger al adquirente y a apreciar la nulidad. A pesar de ello la STS 1992 extrapola una frase que por lo demás no prejuzga cuál sea la protección que el artículo 464 pudiera dispensar al adquirente, es decir, la protección del párrafo I o la del II. En efecto, nadie discute que el comprador de buena fe en una venta pública esté protegido, porque sólo está sometido a la reivindicación del propietario si éste le abona el precio que pagó. La frase de la sentencia no aclara a qué protección alude. En cualquier caso lo que importa es si lo decidido concuerda con la tesis germanista y parece claro que hay que responder negativamente.

Con arreglo a la STS de 4 de diciembre de 1980, un acreedor hipotecario consigue la nulidad de un juicio ejecutivo, en el que no ha intervenido y esto se supone que debería apoyar que un propietario no sólo no lo pueda conseguir, sino que debe apoyar que no se pueda aplicar el apartado II del artículo 464 que le otorga un derecho a reivindicar contra reembolso del precio pagado por el comprador. Los fallos de las dos sentencias son diametralmente opuestos y de ello sólo resulta que un acreedor hipotecario merece más protección que un propietario a la hora de perseguir el bien mueble frente a un adquirente en la subasta judicial. Se trataba de una hipoteca inmobiliaria extendida por pacto a ciertas máquinas.

La STS de 25 de febrero de 1992 podía haberse olvidado de la STS de 4 de diciembre de 1980, como ha hecho con todas las que son contrarias a su criterio (así por ejemplo, entre otras, con la excelente STS de 19 de junio de 1945, que no es citada para nada), pero, en su búsqueda de sentencias favorables a la tesis germanista, ha invocado una sentencia que sostiene un criterio radicalmente contrario.

Repárese en que, en contra de la historia, donde lo que no se admitía era la reipersecutoriedad de la hipoteca sobre bienes muebles (esto es lo que quería decir sin duda *meubles n'ont pas de suite*

con o sin el añadido *par hypothèque*) lo que excluye la STS de 25 de febrero de 1992 es la reipersecutoriedad de la propiedad, mientras que la invocada por ella admite la reipersecutoriedad de la hipoteca respecto de bienes muebles.

En cualquier caso, la sentencia de 1980 contiene una argumentación que sería decisiva a los efectos de precisar si en estos casos hay o no una privación ilegal. Según esta sentencia un propietario no puede ser privado legalmente de su propiedad en un juicio ejecutivo en el que no toma parte, y si el tercero es protegido sólo lo puede ser en caso de que la ley lo disponga así en el supuesto de privación ilegal. Es decir, la sentencia de 1980 contiene una argumentación que pone de manifiesto que el propietario es privado ilegalmente si se venden cosas suyas para pagar deudas ajenas, pero otra cosa es que el legislador establezca una norma de protección de los terceros en casos de privación ilegal, que es justamente el párrafo segundo del artículo 464 y no el primero. Esta argumentación es importante, porque la reforma de la LEC en alguno de sus proyectos iniciales limitaba el ámbito de aplicación del 464.II, reduciéndolo notablemente, ya que las adquisiciones en venta judicial eran inatacables. No sería ya una privación ilegal, porque la ley así lo dispondría, pero no porque privación ilegal sea igual a robo o hurto en sentido técnico penal. La STS de 22 de junio de 1993 se ocupa de un caso en el que después de haber adquirido en pública subasta una máquina-tractor, JMM la vende a «Vehime, S. A.» (13 de mayo de 1987) y ésta a su vez a Enrique TG (14 de mayo de 1987). La magistratura de Castellón declaró nula la subasta (4 de junio de 1987). Se trata de un embargo y adjudicación de la máquina que pertenece a «Finanzauto, S. A.». La sentencia dice: «La considerada por la recurrente propiedad “legal y pacífica” de la máquina-tractor derivaba de su adquisición de don José M., mediante compraventa de fecha 13 de marzo de 1987, declarada nula por el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Valencia, en Sentencia de 8 de enero de 1988, debido a que el embargo y subsiguiente adjudicación por la Magistratura de Trabajo al Sr. M. habían sido, a su vez, declaradas nulas por este órgano jurisdiccional en Auto de 4 de junio de 1987; siendo así, es evidente que las mismas razones que condujeron a la declaración de nulidad del contrato celebrado entre el Sr. M. y “Vehime, S. A.” concurren, aún más acentuadamente por haberse ya declarado la nulidad de éste, en el concertado después —el 14 de mayo siguiente— entre dicha sociedad y don Enrique T., cuya declaración de nulidad es objeto del actual proceso, sin que sea convincente el argumento de que, en el momento de celebrarse el segundo contrato, todavía no se había dictado por la Magistratura de Trabajo el Auto de anulación

antes reseñado, pues el efecto de esta resolución ha de ser justamente eliminar las actuaciones procesales en que se produjeron el embargo y adjudicación de la máquina-tractor y, consecuentemente, reconocer que no tuvieron virtualidad en ningún momento para privar de su derecho dominical a la hoy recurrida, “Finanzauto, S. A.”, propietaria de la máquina “Caterpillar”, lo cual significa que tanto el Sr. M. –según se afirma también en referida Sentencia de 8 de enero de 1988– como posteriormente “Vehime, S. A.” carecieron legalmente –no obstante la apariencia creada por las actuaciones procesales de la Magistratura de Trabajo, que luego fueron anuladas– de poder dispositivo para enajenarla, lo cual priva de validez –según la doctrina jurisprudencial, Sentencia de 16 de mayo de 1991, entre otras– al contrato fechado en 14 de mayo de 1987, y en este sentido de imposibilidad de transmitir el dominio ha de entenderse la falta de causa contractual en que se fundamenta la sentencia recurrida; ha de decaer, por tanto, el motivo examinado».

Esta sentencia es contraria a la tesis germanista. En cualquier caso también rechazó la aplicación del artículo 85 Código de Comercio, porque el comprador no recurrió y el artículo citado no puede ser invocado por la vendedora ni se probó que la máquina fuera vendida en establecimiento público. En definitiva un propietario («Finanzauto») recupera su máquina-tractor, a pesar de haber sido adquirida en pública subasta por JMM, vendida a «Vehime», quien tiene establecimiento abierto al público y a su vez por ésta a Enrique TG. Esta decisión es absolutamente opuesta a la STS de 25 de febrero de 1992. Resulta que esta sentencia estima que no hay privación ilegal al propietario cuando se traban bienes ajenos al deudor en un juicio ejecutivo y se venden a terceros. En cambio, en la de 22 de junio de 1993 ni se aplica el artículo 464.I, ni el 464.II ni el artículo 85 Código de Comercio. Ésta es una sentencia absolutamente incompatible con el fallo de la STS de 25 de febrero de 1992.

La doctrina de la STS de 25 de febrero de 1992, por lo demás, debe entenderse, como todas, de manera ajustada a su *ratio decidendi*. Según esta sentencia (STS de 25 de febrero de 1992) si el propietario no hubiera tenido conocimiento del embargo, podría haber obtenido la nulidad de las actuaciones en aplicación de la doctrina jurisprudencial que reconoce legitimación activa a los titulares de derechos subjetivos que se vean privados de ellos en juicio en el que no hayan sido partes, para instar en juicio ordinario la nulidad del proceso. En definitiva, la privación de ese derecho sería ilegal si el propietario no hubiera tenido conocimiento del embargo (véase también la STS de 8 de marzo de 1993), pero la consecuencia entonces no sería lógicamente la aplicación del párrafo II del artículo 464

con procedencia de la reivindicación contra reembolso, sino la ineficacia del embargo y venta posterior. De este modo, el párrafo II del artículo 464 nunca se aplicaría a las ventas judiciales de cosas ajenas, porque o el propietario ha conocido el embargo y entonces se aplica la regla del párrafo I en su interpretación germanista o no ha conocido el embargo y entonces la privación aun siendo ilegal no da lugar a la aplicación del artículo 464. II sino a la nulidad de las actuaciones y por consiguiente del embargo y subasta. En mi opinión de todo ello resulta bien claro que la privación es ilegal en ese caso, porque de otra manera no se ve cómo podría dar lugar a la nulidad de las actuaciones.

Se trata, como se ve, de una decisión de alguna manera contradictoria consigo misma y que en definitiva no se apoya sólo en la interpretación del artículo 464, sino en la introducción de una especie de regla semejante a la *Verwirkung*: si pudiendo hacerlo, no ha ejercitado su derecho y ha hecho surgir una confianza en los terceros, la buena fe objetiva (art. 7) y la seguridad del tráfico exigen que no pueda reivindicar. Lo que sería una privación ilegal que justificaría la nulidad de las actuaciones conforme a la unánime jurisprudencia de la Sala, deja de serlo por haber sido conocida y no contradicha con una tercería, pero no por no entrar en los tipos penales del robo o del hurto. ¿O es que si entrara en estos tipos, a pesar de conocer el embargo y no oponerse, podría obtener la nulidad de las actuaciones?

La tesis germanista tropieza siempre con la dificultad de explicar que haya privaciones ilegales que no sean privaciones ilegales por no ser ni robos ni hurtos. Aquí, en nuestro caso, habría una privación que debe calificarse de ilegal para dar lugar a la nulidad de las actuaciones, pero que no da lugar a ella por haber sido conocida y no haber intentado la tercería, y además no es una privación ilegal por no ser ni un robo ni un hurto.

La S. 25 de febrero de 1992 en este punto no debe quedar sin crítica, porque utiliza el argumento derivado del artículo 1962, que es de nuevo un argumento meramente formal, para justificar que privación ilegal comprende solamente los tipos penales del robo y el hurto.

De este artículo se ha dicho que carece de sentido en su remisión al artículo 1955.3 que a su vez remite al artículo 464. Mas no obstante carecer de sentido, sirve para interpretar la expresión privación ilegal. La sentencia omite toda alusión a la falta de sentido de esa remisión, que utiliza para interpretar el artículo 464.

El mismo Hernández Gil a quien se le ocurrió la idea de utilizar el artículo 1962 para reducir el sentido de privación ilegal a robo y

hurto, tratando de rebatir el argumento contrario utilizado por de Buen, no descartaba que se tratara de un error, eso sí, era un feliz error que permitía descubrir el pensamiento del legislador.

¿Pero es posible extraer un argumento válido de una disposición equivocada? Más bien hay que decir con las reglas de la lógica que de lo falso se sigue cualquier cosa.

¿Qué dispone el artículo 1962? Realmente es imposible ver en este precepto un argumento favorable a la tesis germanista, cualquiera que sea la lectura que merezca. Más bien está en contra de ella. Pero para verlo hay que recordar la tesis germanista sobre el artículo 1955. Este precepto es ya por sí mismo un obstáculo, a mi juicio decisivo como otros, para quienes creen que la posesión adquirida de buena fe proporciona la propiedad instantáneamente, porque exige para adquirir el dominio de bienes muebles posesión de buena fe durante tres años. La tesis germanista lo resuelve, saltando la letra del precepto y diciendo que el artículo 1955.I sólo es aplicable a las cosas perdidas, hurtadas o robadas, a pesar de que eso no resulta de ninguna manera del artículo 1955.

Partiendo de esa lectura germanista conviene leer el artículo 1962 que entonces resulta realmente un auténtico modelo de disparate apto, no obstante, paradójicamente, para interpretar el artículo 464. Leamos el artículo 1962 en clave germanista:

A) Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión.

B) Salvo que el poseedor haya ganado por menos término, conforme al artículo 1955 (tres años), el dominio de cosas perdidas, robadas o hurtadas (lectura germanista del art. 1955.I, porque éste sólo se refiere, según ella, a esas cosas) o instantáneamente el de las cosas restantes por el artículo 464.I (lectura germanista).

C) Y excepto los casos de extravío (pérdida) y los de cosas perdidas, robadas o hurtadas adquiridas en venta pública (lectura germanista del artículo 464.II), y los de hurto y robo, en los que se estará a lo dispuesto en el párrafo tercero de dicho artículo 1955.

Como se puede comprobar el artículo 1962 no alude a ninguna adquisición *a non domino* instantánea conforme al artículo 464, en la que obviamente no habría acción reivindicatoria. Novedad en nuestro Derecho que no merece ninguna mención. Es evidente que en el caso de venta pública no se puede reivindicar la cosa si no se reembolsa al comprador el precio que pagó. No hay ninguna especialidad temporal y el supuesto es equiparable por eso a la adquisición *a non domino*, que, por el contrario, no se menciona para nada. Pero no es sólo esto, que era lo que decía con razón de Buen, lo que llama la atención de ese artículo.

Si extraemos del mismo todos los casos de adquisición *a non domino* de bienes muebles que al parecer, según la doctrina germanista, son todos aquellos en que un poseedor de buena fe adquiere cosas que no sean perdidas, robadas ni hurtadas, nos encontramos con que no sabemos en qué casos rige la regla del artículo 1962. El artículo 1962 es un artículo enloquecido porque establece una regla que no parece regir para ninguna cosa. Es un precepto obsesionado por las cosas perdidas, robadas o hurtadas, porque, en la lectura germanista, las menciona tres veces: una, bajo la usucapión ordinaria, dos, bajo el supuesto de venta pública, y tres, por sus nombres, pero separadamente. Todo ello para reenviar en los casos de extravío, venta pública y hurto y robo al párrafo tres del artículo 1955 que sólo dice que se estará en cuanto a su reivindicación al artículo 464, que sólo dice que se pueden reivindicar sin más o contra reembolso en el caso de venta pública. Pero el artículo 464 no dice cuál es el plazo que es lo que interesa saber.

Lo que es claro es que el artículo 1962 dice que en los casos de robo y hurto se estará al párrafo tercero del artículo 1955 y no al primero. Por tanto, que la usucapión ordinaria no está limitada en el artículo 1955 I a las cosas perdidas, robadas o hurtadas resulta no sólo de su texto, sino del artículo 1962.

Por lo demás, lo que es indiscutible, se entienda como se entienda el artículo 1962, es que en los casos de robo o hurto hay que atender al artículo 1956. Los autores de estos delitos, sus cómplices y encubridores no prescriben las cosas hurtadas o robadas en seis años (como resultaría de los arts. 1962 y 1955.I), sino que el artículo 1956 exige para ello la prescripción del delito o su pena, y de la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta. Este precepto, muy favorable para los delincuentes, porque admite que adquieran por prescripción, plantea varias dudas. En lo que nos afecta es importante tener en cuenta que es una excepción a la regla del artículo 1962, aunque no esté mencionada en él. Si las cosas robadas están en poder del autor del robo, no las prescribe en seis años, sino al menos en 15 que es el plazo de la acción de responsabilidad civil nacida de delito. Al margen de que podría sostenerse que deberían ser 21 años (6 más 15) en aplicación del viejo principio romano de interpretar la procedencia de las acciones civiles en contra del ladrón.

Lo que es claro es que el artículo 1956 es una excepción al plazo del artículo 1962 que debía haber sido mencionada, pero que mencionada o no, nadie duda de que lo es. En cambio, el artículo 464 no es ninguna excepción al plazo del artículo 1962, sencillamente porque no contiene ningún plazo y no sabemos qué quiere decir esa remisión al menos en ese punto. Por tanto, la remisión en cuanto envía en los

casos de robo o hurto al artículo 464 no tiene sentido, mientras que lo tendría si remitiera al artículo 1956. Esto es indudable.

Mas el artículo 1956 plantea una importante cuestión, íntimamente relacionada con nuestro tema, si las cosas están en poder de los autores, cómplices o encubridores de otros delitos contra el patrimonio, como apropiación indebida o estafa. Entonces procede cuestionar si pueden prescribir en el plazo de seis años o se aplica el artículo 1956 por analogía. Parece sensato aplicar la misma norma porque la *ratio* del precepto se da, es decir, que los delincuentes no adquieran por prescripción antes de que hayan prescrito el delito, la pena y la acción de responsabilidad civil.

Con ello llegamos a la conclusión siguiente: la remisión que el artículo 1962 contiene al 1956.III y éste al artículo 464 en los casos de hurto o robo no tiene ningún sentido normativo y no puede servir por tanto para interpretar el artículo 464. Por el contrario, el artículo 1956, verdadera excepción al 1962, y al que tendría sentido una remisión formal, debe interpretarse comprendiendo bajo las palabras robo o hurto otros delitos patrimoniales como la estafa o la apropiación indebida.

Por todo ello, creo que la utilización del artículo 1962 para interpretar en clave germanista el artículo 464 es una mera artimaña exegética que no debe prevalecer como por cierto ya dijo nuestro más alto Tribunal en 1955 (STS Sala 2.^a de 26 de enero de 1955).

Es sobresaliente la paradoja a la que conduce la tesis germanista: privación ilegal debe interpretarse como robo o hurto, excluyendo apropiación indebida o estafa, porque así, se dice, resulta del artículo 1962 y, sin embargo, parece claro que las palabras «robo o hurto» en el artículo 1956 deben interpretarse incluyendo apropiación indebida o estafa. Esta inclusión se hace a los efectos de exceptuar la aplicación del artículo 1962.

De esa manera, se sostiene por autores germanistas que privación ilegal, que es expresión amplia, no comprende ni apropiación indebida ni estafa, sino sólo robo o hurto, y, en cambio, robo y hurto, incluyen apropiación indebida y estafa. Ésta es una extraña manera de leer el CC que, sin embargo, sirve para afirmar que un propietario que es privado de sus bienes para satisfacer deudas ajenas de las que no debe responder, a consecuencia de un juicio ejecutivo en el que no es parte, no es privado ilegalmente de ellos.

El artículo 1962 carece de sentido en su remisión al artículo 464, porque en éste no hay ningún plazo que pueda exceptuar la regla del primero. Por ello, una interpretación del artículo 464 por lo dispuesto en el artículo 1962, es improcedente sencillamente porque el artículo 1962 no dispone nada en relación con el artículo 464. En

cambio, una interpretación del artículo 1962 por el artículo 1956 se impone, porque el artículo 1956 sí dispone que en su supuesto no se aplique el artículo 1962 en los casos de las cosas robadas o hurtadas. Por ello, correctamente hay que exceptuar de la regla del artículo 1962 los casos de cosas robadas, hurtadas, apropiadas indebidamente y estafadas, a pesar de que el artículo 1962 no hable literalmente más que de cosas robadas o hurtadas.

En resumen, es obligado incluir en las expresiones robo o hurto del artículo 1962 también apropiación indebida y estafa, porque lo dispuesto en el artículo 1962 debe quedar exceptuado por el artículo 1956 en el que acertadamente las expresiones robo o hurto se extienden por analogía a otros delitos. Si esto es así, es obvio que el artículo 1962 no vale para apoyar la tesis germanista, sino para refutarla. Si expresiones como robo y hurto deben extenderse hasta comprender apropiación indebida y estafa, con mucha mayor razón una expresión como privación ilegal las debe comprender también.

Es muy importante reconocer que el Ordenamiento jurídico aspira a la coherencia normativa, con independencia de que lo consiga. La interpretación debe tomar como directiva esa aspiración. Para ello hay que partir del contenido normativo de los preceptos, no de aquellos aspectos externos de los mismos que nada significan. Una interpretación sistemática parte de esa aspiración y sólo puede ser tal si toma en cuenta lo dispuesto en los preceptos y no meramente las palabras de los mismos. La STS de 25 de febrero de 1992 lo que hace es tomar en cuenta unas palabras del artículo 1962 en un sentido y dirección en los que no significan nada. Es obvio que tal argumento carece de valor.

La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Doctora en Derecho
Prof. de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: I. *La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa:* 1. Caracterización conceptual. Distinción de figuras afines. 2. Fundamento: 2.1. La cuestión en el Derecho extranjero: 2.1.1. Derecho francés e italiano: posesión y detentación; 2.1.2. Derecho alemán: posesión mediata e inmediata. 2.2. La cuestión en el Derecho español: 2.2.1. Representación posesoria; 2.2.2. Posesión de derechos; 2.2.3. Espiritualización del *corpus posesorio*. 3. Dinámica funcional de las posesiones concurrentes: 3.1. Delimitación de las respectivas esferas de legitimación posesoria. 3.2. Eficacia jurídica de las distintas posesiones concurrentes. 3.3. Tutela interdictal de las respectivas posesiones concurrentes.–II. *El artículo 463 del Código Civil: lesión de la posesión por actos relativos a la posesión ejecutados o consentidos por el tenedor de la cosa en un concepto limitado:* 1. Ámbito característico del artículo 463. 2. Lesión de la posesión mediata. Supuestos más característicos: La interversión posesoria y la cesión de la posesión a un tercero: 2.1. La lesión de la posesión mediata por actos ejecutados por el tenedor de la cosa: cuestión entre poseedores concurrentes: 2.1.1. Caracterización general de este tipo de lesión; 2.1.2. La interversión. 2.2. Lesión de la posesión mediata por actos «consentidos» por el tenedor: cesión de la posesión a un tercero. 3. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.–III. *Consideraciones finales.*

Como ocurre en casi todas las cuestiones posesorias, tampoco en la que va a ser objeto de nuestro trabajo, existe una opinión doctrinal uniforme acerca de su fundamento histórico y legislativo. Por su parte, la jurisprudencia, con el pragmatismo que la caracteriza, se ha despreocupado de definir suficientemente los contornos de la figura. Pero con independencia de ello, existe un reconocimiento común y pacífico sobre la posibilidad de que, en una misma cosa, concurren

posiciones distintas, o, para ser más precisos, posesiones en conceptos diferentes.

La posesión en concepto de dueño que, en principio, implica la tenencia material de la cosa y las más amplias facultades posesorias sobre la misma se distiende y diversifica en posesiones en conceptos más limitados (concepto de usufructuario, arrendatario, comodatarío...). Cada posesión tiene su propio ámbito de operatividad y cada uno de los sujetos que, en uno u otro concepto, tienen relación con la cosa son poseedores.

En la primera parte de este trabajo nos ocuparemos de caracterizar y fundamentar esta situación de concurrencia de posesiones. A continuación, sobre esta base, nos centraremos en los supuestos conflictivos más característicos que produce el roce entre posesiones; en particular, nos referiremos a los problemas de extralimitación en el ejercicio de las respectivas esferas posesorias.

Para todo ello barajaremos, fundamentalmente, los datos que nos suministran la ley y la doctrina. También volveremos la mirada con frecuencia hacia otros sistemas jurídicos de nuestro entorno (alemán, italiano o francés) que se ocupan de organizar y explicar la concurrencia de posesiones. Es probable, sin embargo, que en este trabajo alguien advierta la falta de un estudio en profundidad sobre las fuentes más antiguas y sobre la opinión de los clásicos, siempre tan importantes en materia posesoria. No obstante, el análisis histórico de las instituciones requiere una preparación de la que carecemos, y ello nos ha llevado a desistir del intento. Las referencias al Derecho histórico serán, pues, referencias indirectas. Ello limita significativamente el alcance de este trabajo. En cualquier caso, en general, no hemos pretendido realizar un estudio completo y exhaustivo de una materia tan rica en matices. Nuestro objetivo ha sido mucho más modesto. Sólo hemos pretendido «aproximarnos» a la materia. La concurrencia de posesiones ha suscitado nuestra curiosidad y, desconociendo las voces amigas que nos decían que la posesión no es un campo de investigación para iniciados en derecho, nos hemos aventurado en tan comprometida andanza. Pero sin ninguna vocación dogmática. Cualquiera conclusión que se obtenga deberá ser contrastada con la opinión de la doctrina más autorizada.

En general, la posesión constituye una materia que ofrece una especial atracción, quizás por su propia naturaleza compleja, en la cual, se entrecruzan constantemente la realidad de los hechos y un conceptualismo jurídico como en casi ningún otro campo conocido. Y en el problema concreto de este trabajo todavía más. La configuración de la concurrencia de posesiones conlleva un importante esfuerzo de técnica jurídica. De la posesión entendida como tenencia material de la cosa se pasa a un concepto de posesión mucho más

abstracto, muy próximo al formalismo de la titularidad. Y, en general, se produce una asimilación del régimen posesorio con el régimen característico de los derechos subjetivos. Cuando la posesión sobre las cosas se multiplica y diversifica de la misma manera que se multiplican y diversifican los derechos parece lógico que las soluciones consolidadas y arraigadas en la dogmática de los derechos se apliquen también a la posesión¹. Se acentúa el juego de los conceptos de título, legitimación, concepto posesorio..., que se moldean en un sentido plenamente jurídico. No obstante, la simetría de regímenes no llega a ser absoluta. La facticidad de la posesión, entendida de una manera o de otra, termina por imprimir su sello particular, marcando importantes diferencias.

I. LA CONCURRENCIA DE POSESIONES EN CONCEPTOS DIFERENTES SOBRE UNA MISMA COSA

1. CARACTERIZACIÓN CONCEPTUAL. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La organización de la coexistencia de posesiones distintas sobre una misma cosa² implica un importante esfuerzo de técnica jurídica. La posesión se caracteriza en conceptos posesorios. Y al igual que se multiplican y diversifican los derechos sobre las cosas se multiplican y diversifican los conceptos posesorios. Como indica el artículo 432 del CC, la posesión se puede tener en uno de dos conceptos: o en el de «dueño», o «en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona». En este concepto genérico tiene cabida la posesión que se ejerce como usufructuario, arrendatario, comodatario, e, incluso, la posesión en concepto de depositario, transportista..., que implican sólo tenencia de la cosa para conservarla, sin facultades de uso o disfrute. En realidad, por tanto, no existen sólo dos conceptos en que pueda tenerse la posesión, sino tantos conceptos como «señoríos de hecho» se ejerzan sobre la cosa, correspondientes a distintas facultades posesorias.

¹ No nos planteamos el viejo problema, tan controvertido en la doctrina, de la naturaleza de la posesión. Dejando, por tanto, al margen la cuestión sobre si la posesión es un hecho o un derecho subjetivo, sólo pretendemos resaltar un aspecto de la teoría de la posesión, a saber: que la posesión, siendo fundamentalmente un hecho, produce ciertos efectos jurídicos. Y, que precisamente en la organización jurídica del hecho posesorio, se toma como referencia el régimen característico de los derechos subjetivos.

² Nuestro trabajo se va referir a la posesión que tiene por objeto las cosas materiales, soslayando el tema de la posesión de los bienes incorporeales. Abordar este tema nos conduciría demasiado lejos, restándonos energías para acometer los problemas centrales de la concurrencia de posesiones.

Esto es, el concepto posesorio expresa el ejercicio sobre la cosa de facultades y poderes, reflejo del contenido de un derecho real o personal, que cuenta entre sus facultades las de poseer³. Bien entendido que el concepto posesorio es mero reflejo del derecho⁴, pero no es el derecho mismo. Sólo es la posesión que se corresponde con el contenido de un derecho⁵.

Desde esta perspectiva posesoria, se debe precisar el alcance de las expresiones «dueño» y «*perteneciendo el dominio a otra persona*», empleadas en el artículo 432 del CC. En un primer momento puede pensarse que el precepto contempla los casos en que el verdadero propietario confía las cosas a otro sujeto, que las recibe en concepto de tenedor para conservarlas o disfrutarlas. No obstante, en función de sus antecedentes y del sistema, el sentido del artículo 432 ha de ser interpretado en clave posesoria. La expresión dueño o la pertenencia del dominio a otro sujeto no se refieren a una titularidad realmente existente, sino a la posesión que se ejerce como dueño, con independencia de que el derecho corresponda o no al poseedor⁶.

³ En nuestro sistema posesorio constituye verdadera posesión no sólo aquella que se ejerce en el concepto de un derecho real, sino igualmente la que se ejerce en concepto de un derecho personal que conlleve facultades posesorias. En general, sobre la cuestión *vid.* MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, tomo VI, Madrid, 1993, pp. 155-157. En particular, sobre la posesión que se ejerce como arrendatario, *vid.* COSSÍO Y RUBIO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, 1949, p. 481; GIMENO GAMARRA, «La posesión de las cosas arrendadas y la defensa interdictal», *RGLJ* 1946, I, p. 656; DOMÍNGUEZ MOLINA, «Protección posesoria del derecho arrendaticio», *RGLJ* 1947, I, p. 166. Otra cosa distinta es que, a los efectos de la usucapción, únicamente sean usucapible el dominio y genéricamente los restantes tipos de derechos reales (arts. 609, 1930, 1940 del CC). Las categorías posesorias del artículo 432 son, pues, más amplias que las del artículo 1941: en el primero cabe el concepto posesorio de cualquier derecho (real o personal) que implique facultades posesorias. En el segundo, el concepto se limita por la propia naturaleza de la usucapción a los derechos reales.

⁴ El concepto posesorio es una categoría posesoria, pero que, al mismo tiempo, está orientada hacia el derecho: es la posesión que refleja un derecho. Esta conexión entre la posesión, el concepto posesorio y el derecho la puso de relieve con especial energía IHERING, *La posesión*, trad. esp., 2.^a ed., Madrid, 1926, pp. 207 y ss.; el mismo autor, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. esp., Granada, 1998, pp. 1049 y ss.

⁵ La distinción entre el concepto posesorio y el derecho correspondiente es la misma distinción existente entre posesión y derecho: o, dicho en términos muchos más amplios, entre el ser y el deber ser. La posesión se conceptúa legal y dogmáticamente como una institución que despliega su energía con independencia de que exista o no la titularidad de un derecho. Basta repasar el articulado del CC para obtener buenas muestras de la autonomía de la posesión. Por ejemplo, las cuestiones sobre la adquisición de frutos y la imputación de gastos en la liquidación de una posesión indebida se refieren a una posesión que no se corresponde con la titularidad de un derecho. O piénsese en la usucapción que también presupone la existencia de una posesión indebida, no ajustada a derecho.

⁶ *Vid.* MORALES MORENO, *Posesión y usucapción*, Madrid, 1972, pp. 79-81.

El artículo 432 contempla, pues, el supuesto en que el poseedor en concepto de dueño, en ejercicio de su propia condición, cede la cosa a otro sujeto en un concepto más limitado (usufructuario, arrendatario, comodatario...). Es decir, el concepto posesorio más amplio se desdobra y nutre de contenido a otros conceptos derivados, diversificándose la relación con la cosa en posesiones de distintos contenidos: las llamadas posesión mediata e inmediata ⁷ o también llamadas posesión superior y derivada o posesión del «señor» y del «llevador» ⁸... La diversificación posesoria siempre cabe desde una posesión más amplia a otra en un concepto más reducido. Incluso es posible la concurrencia múltiple de posesiones sobre la misma cosa: en concepto de dueño, usufructuario, arrendatario... ⁹.

De la diversificación de la relación posesoria con la cosa resultan varias situaciones posesorias autónomas entre ellas y de contenido particular, cada una de las cuales despliega su propia energía jurídica. De una parte, la posesión «matriz», a pesar de haber cedido a la posesión derivada la tenencia material de la cosa y buena parte de su contenido en facultades posesorias, conserva su condición. El propio carácter limitado de la posesión derivada implica, objetivamente, reconocimiento de aquella otra posesión, reflejo de un derecho más amplio ¹⁰. Así pues, la relación que el poseedor mediato mantiene con la cosa es posesión y, además, como se verá, una posesión dinámica a los efectos posesorios correspondientes. El concepto de posesión se abstrae o, si se prefiere, se espiritualiza, comprendiendo estas situaciones en las que no existe tenencia material con la cosa. Después se verá con más detenimiento en qué sentido hay que entender la abstracción de la posesión. Pero sin perjuicio de ello, ya desde ahora, adelantamos nuestra opinión al respecto. La abstracción de la posesión superior o mediata no significa posesión sólo *animus*, sin *corpus*. El señorío efectivo sobre la cosa, el poder *de facto* sobre la misma no necesariamente implica tenencia material. Caben otras formas de relación con la cosa, otras formas de «señorío», en

⁷ Expresiones importadas del Derecho alemán.

⁸ Ésta es la terminología utilizada por VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, p. 54.

⁹ Sobre la posibilidad de que exista una cadena de posesiones derivadas, *vid.* MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, *cit.*, p. 80.

¹⁰ No se trata de que la posesión matriz se fundamente en el reconocimiento que el tenedor de la cosa en el concepto más limitado haga de ella, de tal manera que su existencia dependa de la voluntad del tenedor (fundamento subjetivo). Lo que se quiere decir es que el propio carácter limitado de la posesión derivada predica, por sí mismo, la posibilidad de que existe una posesión concurrente, en un concepto más amplio (fundamento objetivo). En un sentido parecido, *vid.* LACRUZ BERDEJO, «Contribución a una pedagogía de la posesión», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, v. II, Madrid, 1976, p. 69; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, *cit.*, p. 80.

definitiva, otras formas de concebir el corpus posesorio, más allá de la tenencia material.

Por su parte, la posesión derivada se alza como una posesión independiente, con su propio ámbito de operatividad y su propia energía jurídica.

De esta manera, sobre un mismo objeto, se organiza la coexistencia pacífica de varias posesiones. Cada una tiene un contenido característico y su propia esfera de actuación. Y lo que también es relevante, cada una despliega sus propios efectos. Se trata, en definitiva, de posesiones concurrentes sobre una misma cosa, pero distintas.

Con los rasgos que hemos trazado han quedado dibujadas las líneas que acotan conceptualmente la concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa. En un momento posterior nos ocuparemos del fundamento y del desenvolvimiento funcional de esta situación de concurrencia de posesiones. Pero antes, para terminar de concretar sus fronteras conceptuales, nos referiremos a otras figuras posesorias afines, insistiendo en las diferencias que delimitan negativamente nuestro objeto de estudio. Ello sin desprestigiar las «similitudes de parentesco», que también merecen ser resaltadas.

a) Coposesión

Cabe otra forma de organizar la concurrencia pacífica de posesiones. Se trata de la llamada coposesión, posesión conjunta o indivisión posesoria, implícitamente admitida en el artículo 445 del CC. La figura de la coposesión se caracteriza por la influencia de varios sujetos sobre una misma cosa en idéntica condición, actuando como miembros de una comunidad. Como puede apreciarse, la situación posesoria descrita es reflejo de hecho de la cotitularidad o comunidad de bienes ¹¹. La concurrencia de varios derechos de la misma naturaleza y contenido sobre un determinado bien se reproduce en el campo posesorio ¹². Y al igual que cada cotitular está facultado para servirse de la cosa común, respetando idéntica facultad en los otros copartícipes (art. 394 del CC), cada coposedor ejerce el «señorío de hecho» sobre el bien, aunque con la limitación que conlleva la concurrencia de idénticos señoríos.

¹¹ Tomaremos como referencia la comunidad de bienes romana o por cuotas, que es la forma tipo de organizar la comunidad en el Código Civil. Pero sin dejar de tener presente que la coposesión se puede organizar también como reflejo de una comunidad germánica o en mano común.

¹² Vid. MONTEL, *La disciplina del possesso en el Codice Civile italiano*, 2.^a ed., 1951, p. 88.

En general, a la hora de precisar la disciplina característica de la coposesión, y a falta de una regulación expresa en la materia, la doctrina toma como referencia el régimen característico de la comunidad de bienes, aunque la facticidad de la posesión introduce matices y singularidades importantes en la disciplina. En concreto, caben destacar las siguientes notas de la comunidad que se reproducen, con ciertas especialidades, en materia de coposesión ¹³:

a) Empezaremos insistiendo en la idea de limitación posesoria recíproca entre los copartícipes, expresada más arriba de soslayo. La posibilidad de que todos los partícipes puedan ejercer las mismas facultades sobre el bien implica necesariamente cierta limitación en el ejercicio. El uso de la cosa es común, no exclusivo; y, por tanto, cada miembro de la comunidad ha de respetar la situación de los demás (art. 314 del CC). En concreto, no se podrán introducir alteraciones en la cosa común, sin consentimiento de los demás (art. 397) y la administración del bien sigue el régimen de mayoría de «cuotas» (art. 398). En materia de posesión, en la relación interna entre coposeedores, también rigen estas limitaciones recíprocas en el uso de la cosa común.

b) Es rasgo esencial de la comunidad indivisa la asignación a cada miembro de una cuota que expresa, fundamentalmente, el criterio de participación en la toma de decisiones por mayoría y en la distribución de los gastos y en los beneficios (art. 393 del CC). En paralelo, en materia de posesión, la cuota expresa la participación en los efectos posesorios, y juega un papel especialmente significativo en relación a la asignación de los frutos. A cada copartícipe, en su condición de poseedor de la cosa común y en relación a los demás partícipes en la comunidad, le corresponde una parte de los frutos, en proporción a su cuota. Quede claro que no se está diciendo que el coposeedor adquiera los frutos que se le asignan en la comunidad posesoria. Sólo se está haciendo referencia a la asignación posesoria de los frutos. En el desenvolvimiento de la comunidad posesoria, el reparto de los frutos y utilidades de la cosa se organiza según la cuota de participación. Se trata de un reparto simplemente posesorio, dejando a salvo el problema de la adquisición de los frutos, que va más allá de lo estrictamente posesorio ¹⁴.

¹³ Sobre tal remisión al régimen de la comunidad y sus singularidades, *vid.* MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, *cit.*, pp. 281 y ss.

¹⁴ El problema de la adquisición de los frutos representa el conflicto entre la posesión y el derecho; en concreto, se enfrentan los intereses del sujeto que posee la cosa y los del titular. Cuestión que corresponde dilucidar en la liquidación de la posesión indebida.

En fin, se podría decir que, de alguna manera, la cuota posesoria significa también una limitación recíproca de la situación de los copartícipes. Todos disfrutan de la cosa, pero en razón a su cuota. Además, a través de la cuota, cada partícipe individualiza un poco su relación con la cosa. No se olvide que, en el régimen característico de la comunidad por cuotas, aflora por doquier la tendencia a individualizar los respectivos derechos. En particular, a los efectos estrictamente posesorios, resulta significativo lo dispuesto en el artículo 450 del CC: «Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión».

También en la determinación de la cuota que corresponde a cada copartícipe en la comunidad posesoria, se debe distinguir, como antes, entre las cuestiones de hecho y de derecho. Puede ser que la llamada cuota de hecho coincida con la cuota de una cotitularidad en derecho; bien con la cuota que determina el título que justifica la titularidad indivisa, bien, en su caso, con la cuota igualitaria legal (art. 393 del CC). Pero puede que no exista esta coincidencia entre la cuota de derecho y de hecho. En materia posesoria lo relevante es el hecho; es decir, la proporción de participación que efectivamente se posee. Esta base de hecho es la que ha de tenerse en cuenta en la protección y a los efectos, en general, de la posesión ¹⁵.

Enlazando con las cuestiones de hecho surge el tema de los interdictos posesorios, a través de los cuales se defiende justamente la relación fáctica con la cosa.

Por una parte, cualquier coposeedor puede accionar la protección interdictal para proteger la posesión común de los ataques o perturbaciones que procedan de un tercero. Cada partícipe ejerce un «señorío de hecho» sobre la cosa; cada uno de ellos es poseedor. Y, en tal condición, están legitimados para ejercitar las acciones defensivas típicamente posesorias ¹⁶.

Pero, en la situación de comunidad, la protección interdictal tiene otra cara. En la relación interna, cada coposeedor está legitimado para defender su participación en el uso común, en dos sentidos distintos:

Cualquier partícipe en la comunidad puede accionar la protección interdictal en el caso de que alguno de los otros coposee-

¹⁵ Vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 285.

¹⁶ Con carácter general, la doctrina admite la existencia de la protección interdictal frente a terceros, en favor de todos y cada uno de los poseedores en común.

dores deje de poseer conjuntamente y comience a poseer de un modo exclusivo. La posesión en comunidad significa una forma de poseer en concurrencia: todos en el mismo concepto, pero en común. Cualquier mutación de esta forma de poseer por parte de un copartícipe y, en concreto, el ejercicio exclusivo de la posesión constituye una actuación lesiva de la situación posesoria de los otros partícipes en la comunidad ¹⁷. Se produce un conflicto entre poseedores muy parecido al que se plantea cuando el poseedor que tiene la cosa en un concepto limitado comienza a poseer como dueño. En general, ningún poseedor implicado en una relación posesoria compleja (coposesión o concurrencia de posesiones distintas sobre una misma cosa) puede actuar unilateralmente, en perjuicio de los otros poseedores. Las mutaciones de hecho en el modo o manera de ejercer la posesión han de ir adjetivadas por toda una serie de elementos objetivos, que las cualifican jurídicamente y, al mismo tiempo, protegen los intereses de los otros poseedores implicados en la relación. Al abordar los conflictos característicos que surgen entre posesiones en distintos conceptos pero concurrentes sobre una misma cosa, volveremos sobre todos estos aspectos apuntados de soslayo. Por ahora, sólo queremos resaltar que cuando un coposeedor pretende para sí la condición de poseedor exclusivo se produce un acto de despojo posesorio, objeto de la protección interdictal. El interdicto devuelve las cosas al estado (posesorio) anterior. El poseedor o poseedores ultrajados recuperan su situación posesoria y el despojante no consolida la posesión ganada de una manera lesiva. Y esto tiene especial trascendencia a los efectos de la usucapión. En concreto, al accionar la tutela interdictal se está impidiendo que el copartícipe que empieza a poseer en exclusiva pueda llegar a adquirir por usucapión la totalidad de la cosa. La posibilidad de recurrir a la tutela interdictal en estas situaciones puede fundamentarse en la generosa formulación legal del ámbito de las acciones posesorias: «todo poseedor» tiene derecho a ser respetado en su posesión (arts. 446 y 430 del CC en relación con el art. 1651 de la LEC); por tanto, no sólo el poseedor exclusivo, sino también el que posee en común que, en definitiva, también es poseedor.

Igualmente, y en la misma línea de razonamiento, entendemos que cabe la tutela interdictal cuando uno de los partícipes en la comunidad ejercite abusivamente su condición posesoria. Por ejemplo, se apodera de frutos que no le corresponden o realiza obras sin

¹⁷ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, 1955, p. 225; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 288-290.

consentimiento de los demás en la cosa común. Si se concibe la cuota de participación y, en general, las relaciones internas entre los copartícipes en la comunidad desde la perspectiva estrictamente posesoria, como cuestiones de hecho, la extralimitación en el uso común representa una lesión posesoria, un conflicto posesorio, objeto de la tutela interdictal¹⁸.

En fin, entendemos que cabe el ejercicio de las acciones interdictales entre coposeedores, para defender en la relación interna sus respectivas cuotas posesorias y, en general, la posesión en común, frente al ejercicio abusivo de otro miembro de la comunidad posesoria. No obstante, esta solución, a pesar de contar con el apoyo de un importante sector doctrinal, no es acogida siempre en la práctica jurisprudencial. En supuestos de hecho típicos y muy parecidos entre sí, sobre realización de obras en la cosa común por un comunero —sin autorización del resto de los miembros de la comunidad—, la respuesta jurisprudencial ha sido totalmente distinta: en algunas sentencias se admite la legitimación activa entre coposeedores en el sentido por nosotros defendido¹⁹; por el contrario, en otras sentencias, se concibe la cuota y los problemas internos entre coposeedores como cuestiones estrictamente de derecho, que no pueden discutirse en juicios posesorios²⁰.

Tras las anteriores reflexiones, podemos ya concretar los perfiles de la coposesión. Se trata, en definitiva, de otra forma de organizar la coexistencia pacífica de varias posesiones sobre una misma cosa. Y, en esta ocasión, la concurrencia se produce entre posesiones cualitativamente iguales, que implican idénticas facultades posesorias. No obstante, la relación de cada partícipe con la cosa viene genéricamente recortada por el respeto a la posesión en común y particularmente limitada por la cuota, que constituye el criterio de participación en los efectos posesorios, fundamentalmente en el reparto de los frutos. Como decíamos, la cuota expresa una manera de individualizar la posesión de cada copo-

¹⁸ En el Derecho alemán, por disposición legal (§ 866 del *BGB*), las acciones típicamente posesorias no pueden tener por objeto las extralimitaciones en el ejercicio de la condición de miembro de la comunidad posesoria, porque la cuota se caracteriza como una cuestión de Derecho, ajena a la protección posesoria. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, como ya expresábamos en el texto, tiene cabida el concepto de *cuota posesoria*, que, en el terreno de los hechos, fija la participación de que goza cada poseedor en el disfrute de la cosa común. De acuerdo con ello, se admite que, cuando un coposeedor realiza un acto de goce de la cosa que exceda de los límites de su cuota, los demás partícipes en la comunidad posesoria disponen de la tutela interdictal. Así, VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de varias posesiones...», cit., p. 52; BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes...*, cit., p. 204 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 287.

¹⁹ Vid., por todas, SAP Toledo de 21 de mayo de 1996, AC 96-4 a) 1489.

²⁰ Vid., por todas, SAP Cuenca de 4 de octubre de 1995, AC 96-1 a) 340.

seedor. Es como si, al lado de la posesión común, cada partícipe dispusiese de un ámbito posesorio propio, que se concreta en relación a la cuota.

La coposesión refleja, pues, una situación posesoria compleja. Se produce una comunidad posesoria, que implica concurrencia homogénea: varios sujetos poseen la cosa, en la misma condición o concepto. Pero, a la vez, la posesión de cada partícipe tiene cierta independencia. Cada poseedor disfruta de los beneficios de la cosa (propriadamente los «frutos»), en atención a su cuota de participación. Esta duplicidad posesoria tiene reflejo a los efectos de la tutela interdictal, que puede tener por objeto tanto la protección de la posesión común frente a un ataque procedente de tercero como la defensa del orden posesorio interno frente a una extralimitación en el ejercicio de la coposesión, ya consista la extralimitación en una apropiación en exclusiva del uso, ya consista en una mera actuación abusiva.

Y después de dibujar los perfiles de la coposesión, ha llegado el momento de concretar sus diferencias respecto a la figura de la concurrencia de posesiones en conceptos diferentes. En aquélla, hay homogeneidad entre las distintas posesiones: todos los partícipes poseen en el mismo concepto. En ésta, cada poseedor ejerce el señorío sobre la cosa en un concepto distinto. En la primera, la coexistencia pacífica de posesiones se sustenta fundamentalmente en el respeto de la situación posesoria de los demás y en la cuota posesoria que representa el criterio de participación en los frutos y utilidades del bien. En la segunda, cada poseedor tiene la cosa de una manera distinta. Y, por tanto, cada posesión tiene un ámbito de operatividad propio y característico, que permite la concurrencia sin conflicto.

No obstante, existen importantes puntos de contacto entre estas figuras. Al fin y al cabo, el concepto de cuota característica de la comunidad posesoria individualiza de alguna manera las esferas posesorias de los copartícipes. Esta concreción de las esferas posesorias introduce particularidades de régimen jurídico muy próximas a las que se producen en la situación de concurrencia de posesiones en conceptos diferentes. Sobre todo se producen conflictos entre poseedores muy similares. En ambos casos, la concurrencia puede ser armónica, o puede ser conflictiva, según que se respete o no la «cuota» –en un caso–, o el ámbito de «facultades», en el otro.

Por todo ello, por las diferencias sustanciales, y, al mismo tiempo, por lo que existe en común, la coposesión constituye un punto de referencia importante en la caracterización de la concurrencia sobre una misma cosa de posesiones en conceptos distintos.

b) La representación

Por último, nos detendremos en la figura de la representación posesoria, también cercana en sus perfiles al supuesto de concurrencia de posesiones en distintos conceptos sobre una misma cosa. En ocasiones, incluso, se ha entendido que el llamado poseedor inmediato que tiene materialmente la cosa «representa» al poseedor mediato en sus relaciones con la misma. Esto es, se recurre a la teoría de la representación para «comunicar» al poseedor mediato el *corpus* posesorio que ejerce el tenedor de la cosa. Nosotros no compartimos esta opinión. Creemos que no es necesario recurrir a esta ficción representativa, al entender, como tendremos ocasión de precisar, que el poseedor mediato, aunque no tenga materialmente la cosa en su poder, mantiene una relación con la misma posesoriamente cualificada; en otras palabras, el poseedor mediato ejerce también el *corpus* posesorio. Se trata, desde luego, de una forma de poseer más espiritualizada o abstracta que la que mantiene el tenedor; pero también es posesión. Además de innecesaria, la asimilación de las relaciones entre el poseedor mediato e inmediato con la representación no es deseable, en cuanto puede emborronar la autonomía conceptual de ambas situaciones posesorias. Vamos a esforzarnos, por tanto, en caracterizar la representación posesoria. Sin duda, con este empeño, ganaremos mucho en claridad conceptual.

En la llamada representación posesoria se produce una disociación característica entre el sujeto que mantiene la relación posesoria con la cosa y el sujeto que recibe los efectos que se derivan de dicha relación. El representante posesorio adquiere (art. 439 del CC) o ejerce la posesión (art. 431 del CC) para el representado; esto es, los efectos posesorios se producen en la esfera jurídica del representado ²¹.

El representante posesorio es un poseedor, pero bastante peculiar, en cuanto que lo es para unos efectos, pero no para otros. Su relación con la cosa es tal que, objetivamente, puede conceptuarse como relación posesoria. En términos más expresivos, se podría decir que el representante da la talla posesoria. Y, en este sentido, es un poseedor *ad interdicta* ²². Pero en la medida que las conse-

²¹ En este sentido se habla de representación, sin entrar en la discusión que suscita la aplicación de la teoría representativa en relación a los hechos, cuando propiamente se trata de una teoría pensada y organizada en relación a los actos jurídicos.

²² La relación sujeto-objeto relevante a los efectos interdictales es la tenencia de la cosa considerada en su facticidad (art. 430 CC en relación con el art. 1651 de la LEC), sin otras cualificaciones ni tecnicismos jurídicos requeridos a otros efectos posesorios. Como ha dicho HERNÁNDEZ GIL (*La posesión*, Madrid, 1980, p. 716), «ante los interdictos y en los interdictos la posesión se muestra en su significación a la vez total y mínima».

cuencias posesorias derivadas de dicha relación se transfieren a la esfera jurídica de otro sujeto, la condición posesoria del representante se relativiza bastante, hasta poder ser considerado como un instrumento de la posesión ajena. Incluso, cuando actúa la protección interdictal, el representante está defendiendo esencialmente la posesión del representado, en cuya esfera jurídica se van a incorporar, a fin de cuentas, los efectos posesorios que se derivan de la relación con la cosa. Ello no impide, desde luego, que también concorra un cierto interés propio del representante en mantener o defender el estado de cosas a través de los interdictos. Como ha resaltado Doral en relación con el servidor de la posesión²³, va en ello implícita la cuestión del derecho al trabajo y a los medios apropiados para realizar el encargo con la diligencia adecuada²⁴. En cualquier caso, las consecuencias que se derivan de la posesión (adquisición de frutos, usucapión...) son para el representado. Es como si el representante llenase las arcas posesorias del representado, vaciando las propias.

Aquí está, justamente, el rasgo diferencial con la figura de la concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa, que implica, como ya resaltábamos, la coexistencia de dos esferas posesorias distintas, cada una generadora de sus propios efectos y consecuencias.

2. FUNDAMENTO

En las páginas anteriores nos hemos ocupado de caracterizar la situación de concurrencia, sobre una misma cosa, de posesiones en conceptos diferentes. En este momento, nos proponemos encontrar

²³ Nos adherimos a la opinión doctrinal que otorga al servidor de la posesión el concepto de poseedor *ad interdicta*. Esta tesis fue brillantemente defendida por DORAL y aceptada y realizada si cabe por GORDILLO CAÑAS. Vid. DORAL, «El servidor de la posesión», *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. VI, Pamplona, 1969; GORDILLO CAÑAS, «Servidor de la posesión e interdictos: datos para un replanteamiento crítico del tema», *Libro homenaje al profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984. En esta línea entendemos que la figura del servidor de la posesión importada por la doctrina desde el Derecho alemán tiene encaje en nuestro ordenamiento en el artículo 431 del Código Civil (*vid.* GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 284 y 287-289) y constituye una manifestación particular de posesión en nombre ajeno; o, lo que es lo mismo, de representación posesoria. Aunque el servidor de la posesión propiamente no actúa con poder de representación sino en virtud de relaciones típicas de dependencia, puede ser considerado como representante posesorio en el sentido por nosotros aludido: es un poseedor *ad interdicta*. Puede defender la posesión de la cosa frente a terceros. Pero su actuación posesoria surte efectos en la esfera jurídica ajena. Tiene lugar, por tanto, la disociación característica entre el sujeto que ejerce la posesión y el sujeto que recibe las consecuencias posesorias, que resaltábamos como rasgo propio de la representación posesoria.

²⁴ Vid. DORAL, «El servidor de la posesión...», *cit.*, pp. 225, 234, 256...

un fundamento que explique la autonomía conceptual y funcional de las posesiones concurrentes en nuestro Ordenamiento.

Esta cuestión se encuentra en estrecha relación con las características generales del sistema posesorio. Se entiende, por tanto, que cambie sustancialmente la forma de explicar y organizar la concurrencia de posesiones de unos Ordenamientos jurídicos a otros. Pese a ello, realizaremos un breve estudio de la situación de concurrencia de posesiones en otros Ordenamientos de nuestro entorno. Pondremos, sin embargo, especial cuidado en no dejarnos influir en exceso por lo ajeno, descuidando las particularidades del sistema español.

2.1 La cuestión en el Derecho extranjero

2.1.1 DERECHO FRANCÉS E ITALIANO: POSESIÓN Y DETENTACIÓN

En estos Ordenamientos no se caracterizan al mismo nivel las distintas situaciones posesorias concurrentes. Se establece entre ellas la distinción de posesión y detentación. Quien tiene la cosa para conservar o disfrutarla en un concepto limitado es sólo «detentador»; y no poseedor en sentido estricto. En contraposición, la condición de poseedor se reserva para el sujeto que tiene la cosa para sí, esto es, como propietario. La distinción se halla configurada en los artículos 2228²⁵ y 2236²⁶ del CC francés y en el artículo 1140²⁷ del CC italiano. No obstante, el sujeto que ejercita las prerrogativas de un derecho real limitado tiene una doble condición: en relación al derecho que ejerce –usufructo, por ejemplo– es propiamente poseedor; esto es, posee dicho derecho, a los efectos de la usucapión. Pero frente al poseedor en concepto de dueño, no es más que un detentador de la cosa, porque no posee más que un derecho limitado.

Esta base legal no abarca, sin embargo, todos los aspectos y matices que suscita la concurrencia de posesiones. La conceptualización legal de las situaciones posesorias concurrentes debería ser más exhaustiva. Asimismo debería estar más articulada la relación com-

²⁵ Art. 2228: «*La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*».

²⁶ Art. 2236: «*Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit*».

Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire».

²⁷ Art. 1140: «*Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in una attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale*».

Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa».

pleja que se establece entre las distintas posesiones. Las lagunas de la construcción legal han sido suplidas por la doctrina que ha volcado, en concreto, sus esfuerzos en dos cuestiones fundamentales: conceptualizar la relación limitada con la cosa desde la perspectiva del *animus* o intención posesoria. Y, por otra parte, explicar la relación del poseedor en concepto de dueño con la cosa, desde la perspectiva del *corpus* posesorio.

Como hemos dicho, la situación de detentación se caracteriza por la tenencia de la cosa en un concepto limitado o derivado. La doctrina ha puesto especial interés en resaltar la intención o *animus* con que se ejerce la tenencia. El *corpus* o tenencia de la cosa se cualifica en razón al «*animus detinendi*» o voluntad de ejercer la posesión en un concepto limitado. Pero la caracterización del *animus* posesorio se realiza desde parámetros objetivos. Es decir, para concretar la intención o *animus* posesorio no se recurre a la voluntad psicológica del poseedor; se prescinde de este criterio subjetivista y se toma como referencia la voluntad objetivada en el título de adquisición de la posesión. Se recurre, pues, al título o *causa possessionis* para concretar la intención o concepto posesorio. El título actúa como principio configurador de la detentación en un concepto determinado, concretando la esfera de legitimación posesoria. En fin, los esfuerzos de la doctrina se orientan en reforzar el fundamento de la tenencia de la cosa desde un especial *animus*, objetivado por referencia al título²⁸.

Por lo que se refiere a la situación del poseedor que tiene la cosa en concepto de dueño, la doctrina no encuentra ninguna dificultad para establecer una cualificación de la relación posesoria desde la perspectiva del *animus*. El binomio posesión-*animus domini* es un derivado histórico de la categoría romana de *possessio*, entendida como ejercicio del derecho de propiedad. La *possessio* se dice es *imago domini*²⁹. Pero la posesión superior o mediata, tradicionalmente más cualificada en cuanto apoyada en el *animus domini*, carece de la fuerza conceptual que imprime la tenencia material. En este caso, la posesión se concreta en el ejercicio de facultades posesorias mediatas o indirectas, pero el poseedor no tiene la cosa en su poder, porque la ha cedida al detentador en un concepto limitado. Nos encontramos, pues, ante una posesión desigual: particularmente adjetivada desde el punto de vista del *animus*, pero bastante debilitada, considerando el *corpus* posesorio.

²⁸ Sobre las construcciones doctrinales del concepto de detentación, vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 74-79.

²⁹ Vid. ORTSCHIEDT, Pierre: «Comentario a los arts. 2282-2283 del Código Civil francés», en *Jurisclasser civil*, Paris, 1993, núms. 6 y 30.

Para justificar esta posesión sin tenencia material de la cosa se suele recurrir, de nuevo, al título que fundamenta la detentación en un concepto limitado, otorgándole una eficacia legitimadora indirecta. El título no sólo justifica la condición posesoria del detentador que representa la intención (objetivada) de conservar o disfrutar la cosa en un concepto limitado. En la noción misma de tenencia limitada, está inserta la justificación de otra posesión superior, que se ejerce con *animus domini*; por tanto, el título desdobra su eficacia, y también legitima (indirectamente) la especial relación que el poseedor superior mantiene con la cosa. En este orden de ideas, el título viene a sustituir al *corpus*. Es –como dice Gentile– el equivalente formal de la posesión. En fin, se otorga primacía al *animus* sobre el *corpus*. Y así se explica que, desde una misma tenencia o *corpus* (la del detentador), se sustenten dos posesiones distintas. En ello hay que reconocer el mérito de haber sabido resaltar el papel de *animus* como elemento que caracteriza las distintas formas de poseer. Pero se olvida la importancia del elemento material de la posesión, hasta el punto de que la posesión mediata se concibe como una posesión formal, sustentada en un título o en la posesión ajena, pero sin base material propia. No se sabe apreciar la especial relación que el poseedor mediato tiene con la cosa, que, aunque más abstracta, también significa «ejercicio de hecho» de un conjunto de facultades posesorias.

2.1.2 DERECHO ALEMÁN: POSESIÓN MEDIATA E INMEDIATA

Por la influencia que ha ejercido en nuestra doctrina, es sobradamente conocida la distinción que establece el Derecho alemán entre posesión mediata e inmediata. Según el § 868 del *BGB*: «*si alguien posee una cosa como usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario de uso y disfrute, depositario, o en una relación semejante en cuya virtud esté frente a otro autorizado u obligado temporalmente a la posesión, también el otro es poseedor (posesión mediata)*». La relación posesoria con las cosas se desdobra en posesiones distintas: una posesión que implica una relación mediata con la cosa y la tenencia de la cosa en un concepto limitado que, en razón a su propia limitación, implica reconocimiento de la otra posesión concurrente.

El legislador alemán ha puesto especial cuidado en dejar bien caracterizada la situación posesoria mediata, otorgando expresamente la condición de poseedor al sujeto que no tiene la tenencia material de la cosa, pero ejerce sobre ella ciertas prerrogativas posesorias «*mediatas*». Las características generales del sistema alemán explican el interés del legislador en aclarar la condición del que posee sin tenencia material. En este Ordenamiento, la posesión se

construye fundamentalmente sobre las cosas. Se otorga, pues, primacía al *corpus* sobre el *animus* y se tiene por posesión la tenencia material ³⁰. Éste es en particular el concepto de posesión que se refleja en los §§ 854 ³¹ y 856.1.º ³² del *BGB*, en los cuales se concibe la posesión como un «señorío de hecho» sobre la cosa (tenencia de la misma). Desde este entendimiento de la posesión, sin la especificación del § 868, el poseedor mediato no sería, en principio, conceptualizado poseedor. De ahí el especial cuidado del legislador alemán en otorgarle expresamente esta condición.

La materialización de la posesión se refleja también en la forma de organizar y entender la concurrencia de posesiones. Como gráficamente expresa Vallet de Goytisolo ³³, en el Derecho alemán, la posesión mediata e inmediata se disponen superpuestas, en concurrencia vertical, sobre la cosa. En la base se encuentra la posesión inmediata, que aporta el elemento corporal sobre el que se edifica la pirámide posesoria. En otras palabras, el poseedor superior es poseedor por intermediación del sujeto que tiene la cosa; o, si se prefiere, éste comunica a aquél el *corpus* necesario para elevarlo a la categoría de poseedor. En esta manera de organizar la concurrencia de posesiones se valora, pues, con prioridad el *corpus* materializado en la tenencia de la cosa, dejando en segundo plano la relevancia del *animus* posesorio.

Ello influye en la forma de caracterizar la tutela posesoria. A tenor del § 869 del *BGB*, el poseedor mediato puede actuar la protección posesoria para defender la tenencia de la cosa. Es decir, en caso de despojo posesorio, el poseedor mediato puede ejercer la tutela posesoria para que la cosa sea restituida al poseedor inmediato; o, en otro caso, si éste no quiere o no puede hacerse cargo de la cosa, el poseedor mediato puede exigir que se le restituya a él mismo la tenencia. Pero, en definitiva –según la solución legal– el poseedor mediato no defiende «su posesión», sino la tenencia de la cosa. En este sentido, un sector importante de la doctrina alemana, que puede estar representado por Wolff, opina que si no existe lesión de la posesión inmediata, tampoco existe lesión de la mediata. Una buena prueba, pues, de la exaltación del *corpus* posesorio. Sin lesión de la base de hecho, no se aprecia lesión de la situación posesoria superpuesta. En la misma línea, un amplio sector doctri-

³⁰ Vid. MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, Madrid, 1958, p. 64.

³¹ § 854: «La posesión de una cosa se adquiere por la obtención del señorío de hecho sobre la misma.

El acuerdo del anterior poseedor y del adquirente basta para la adquisición, si dicho adquirente se encuentra en situación de ejercitar el señorío sobre la cosa».

³² § 856.1.º: «La posesión se termina por la circunstancia de que el poseedor abandone o pierda de otra forma el señorío de hecho sobre la cosa».

³³ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de posesiones...», *cit.*, pp. 33-34.

nal considera que, mientras el poseedor inmediato puede ejercer las acciones de tutela posesoria frente al poseedor mediato, este último no dispone de legitimación activa frente a aquél. La tutela entre poseedores se articula en un sentido: de abajo hacia arriba, tomando como base la relación material con la cosa. La protección de la relación mediata rebasa, pues, las fronteras estrictamente posesorias, y se reconduce hacia acciones que tienen por objeto cuestiones de Derecho.

En fin, en los Ordenamientos de nuestro entorno se recurre a los elementos estructurales de la posesión para explicar y fundamentar la compleja relación entre las posesiones concurrentes. En unos (francés e italiano), se otorga primacía al *animus* sobre el *corpus*; en otros (alemán), al *corpus* sobre el *animus*. Pero una y otra postura, en cuanto extremas, sólo pueden abarcar el rico entramado de problemas que suscita la situación de concurrencia de posesiones recurriendo a soluciones forzadas, que sustentan la posesión mediata en un título formal, o recurriendo a ficciones, que fundamentan la posesión mediata sobre un *corpus* ajeno. Quizá la respuesta adecuada consista en la valoración compensada del *corpus* y del *animus* posesorio. Ya veremos si esto es posible en nuestro Ordenamiento.

2.2 La cuestión en el Derecho español

La construcción de la concurrencia de posesiones tampoco viene dada por completo en el Derecho español. El artículo 432 contrapone dos formas o conceptos de ejercer la posesión, sin entrar en una conceptualización de las distintas situaciones posesorias. Esta caracterización se ha realizado, doctrinalmente, desde otros elementos del sistema como la representación posesoria, la posesión de los derechos o la espiritualización del *corpus* posesorio.

2.2.1 REPRESENTACIÓN POSESORIA

Para Martín Pérez³⁴ el artículo 432 del CC caracteriza el *animus* o la intención con que se ejercen las distintas relaciones con la cosa: en concepto de dueño o en el de tenedor para conservar o disfrutar. Se trata, pues, de un *animus* posesorio cualificado por la intención de ejercer la posesión en un concepto dado: la intención del tenedor se refiere al ejercicio de un concepto limitado y la intención del poseedor superior alcanza mayor extensión, como reflejando un concepto de mayor entidad.

³⁴ MARTÍN PÉREZ, *La posesión...*, cit., pp. 56 y ss.; *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 84 y ss.

La diversificación de los conceptos posesorios explica que, sobre una misma cosa, concurren posesiones distintas. Cada una implica una intención o *animus* de ejercer la posesión; en definitiva, una forma particular de poseer. Compartimos esta manera de entender la concurrencia posesoria: posesiones en conceptos distintos sobre un mismo objeto (la cosa).

Pero no compartimos con Martín Pérez su forma de explicar la relación del poseedor mediato con la cosa. Martín Pérez no reconoce a la posesión mediata un «señorío de hecho» efectivo. La concibe como una especie de posesión mutilada: sólo *animus*, sin *corpus* posesorio. Para «completar», pues, la conceptualización de la relación mediata sobre la cosa desde la perspectiva del *corpus* recurre a la categoría de la representación posesoria del artículo 431: el tenedor de la cosa en un concepto limitado se constituye en representante posesorio, proporcionando la base de hecho que sustenta la posesión mediata. Y así, sobre un mismo *corpus*, por mediación posesoria, se construyen dos posesiones distintas.

Con idénticos presupuestos define García Valdecasas la situación: posesiones en conceptos distintos, sobre un mismo objeto. Considerando que la efectividad (*corpus*) de la posesión mediata se sustenta en la otra posesión que ejerce el sujeto que tiene la cosa en su poder³⁵.

2.2.2 LA POSESIÓN DE DERECHOS

La teoría de la mediación o representación posesoria está quizás influida por la explicación de la concurrencia de posesiones característica del Derecho alemán, en el cual el poseedor mediato tiene la cosa «a través» del poseedor inmediato. Precisamente Vallet de Goytisolo se ha pronunciado en contra de la distinción entre posesión mediata e inmediata entendida en clave de mediación posesoria, y ha reivindicado para nuestro Derecho una caracterización particular de la concurrencia de posesiones³⁶. Vallet sitúa esta particularidad en la distinción que establece el artículo 430 del CC entre posesión de cosas y de derechos. En concreto, la posesión de los derechos trae de la mano, según Vallet, la posesión sobre relaciones parciales específicas de la cosa. La relación con la cosa puede, pues, diversificarse en distintas posesiones: la tenencia de la cosa en un concepto limitado (posesión inmediata en el derecho alemán) y la posesión en un concepto más amplio, pero a la vez más abstracto en cuanto no supone tenencia material de la cosa (posesión media-

³⁵ Vid. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, 2.ª ed., Granada, 1987, pp. 29-32.

³⁶ Vid. VALLET DE GOYTISOLO, «La concurrencia de varias posesiones...», *cit.*, pp. 19 y ss.

ta). Resultando que la «posesión mediata de la cosa» es «posesión inmediata de un derecho», sin la necesidad de la intervención de ningún mediador posesorio.

Vallet ha sabido resaltar el desdoblamiento de la posesión sobre las cosas en situaciones diversas que implican distintas formas de poseer. Lo único que se le puede objetar es haber enfrentado la posesión de derechos y la posesión de cosas. En efecto, de sus explicaciones parece deducirse que el poseedor mediato («señor», según la terminología de Vallet) tiene el derecho como objeto de su posesión, mientras que el poseedor inmediato («llevador» para Vallet) posee propiamente la cosa. Sobre estos presupuestos, la concurrencia de posesiones no significa dos posesiones que coinciden sobre un mismo objeto (la cosa), una inmediata y otra mediata. Vallet diversifica el objeto de la posesión (la cosa y el derecho) y nos sitúa ante dos posesiones, ambas inmediatas sobre sus respectivos objetos.

A nuestro entender, sin embargo, en la situación de concurrencia, el derecho poseído refleja el contenido de la posesión o concepto en que se tiene la cosa, pero no constituye propiamente objeto de la posesión. Las posesiones concurrentes tienen el mismo objeto (la cosa), aunque implican distintas formas de poseer o conceptos de posesión. Se podría decir que ambas posesiones lo son a la vez de la cosa y del derecho. El derecho poseído determina el contenido de la posesión (concepto posesorio). Así, el poseedor «mediato» posee como propietario y el poseedor «inmediato» como usufructuario, arrendatario... Pero, el objeto de la posesión es la cosa y, en este sentido, tanto el poseedor mediato como el inmediato la poseen. La única diferencia que existe entre ellos es cómo la poseen, es decir, precisamente sus respectivos conceptos posesorios, que reflejan el ejercicio de distintos derechos. Por el contrario, de la tesis de Vallet parece deducirse que el objeto de la posesión es diverso en cada una: en la mediata el derecho y en la inmediata la cosa. Además, la expresión posesión de derechos puede suscitar equívocos conceptuales ³⁷.

³⁷ En el Código Civil, junto a la posesión de las cosas, se habla del disfrute de los derechos (arts. 430, 431, 432...). La distinción entre posesión de cosas y de derechos ha sido entendida de diferentes maneras. Para el Derecho romano y la doctrina inspirada en él, la posesión de cosas se corresponde con la posesión que refleja el derecho de propiedad (*possessio*) y la posesión de derechos expresa el ejercicio del contenido característico de otros derechos limitados, distintos de la propiedad (*quasi possessio*). Al respecto se ha señalado en sentido crítico (MARTÍN PÉREZ, *La posesión...*, cit., p. 90) que la teoría tradicional incurre en una asimilación demasiado estricta entre la cosa y el derecho de propiedad. Se produce una doble asimilación; en el plano de la propiedad y en el posesorio. Y al igual que se identifica el derecho de propiedad con su objeto, se identifica la tenencia de la cosa con la posesión en concepto de dueño. Pero una vez superada esta asimilación histórica —no suficientemente justificada en nuestro sistema posesorio— cabe entender que también la posesión de derechos distintos al de propiedad puede tener por objeto las cosas. Se posee la cosa como dueño, pero igualmente se posee cuando se tiene como arren-

En fin, Vallet conceptúa a las posesiones concurrentes como posesiones autónomas entre ellas: cada una tiene su propio objeto; ambas son «inmediatas». Y, por tanto, la posesión del «señor» no necesita sustentarse, por mediación posesoria, en la del «llevador». Pero se puede sostener también la autonomía conceptual entre las posesiones concurrentes sin necesidad de forzar las categorías de posesión de derechos y de cosas hasta desdoblarse el objeto de las posesiones concurrentes. Basta con aplicar a la posesión mediata un concepto espiritualizado de *corpus*, deducible del sistema, que va más allá de la tenencia material.

2.2.3 ESPIRITUALIZACIÓN DEL *CORPUS* POSESORIO

En general, la doctrina ha puesto de relieve la importancia del artículo 432 del CC, como norma diversificadora de la relación con la cosa en varias posesiones, que reflejan distintas formas o conceptos de posesión. No obstante, hemos podido apreciar cierta tendencia, también generalizada, a establecer «distancias» conceptuales entre el poseedor mediato y la cosa. O bien se habla, directamente, de posesión sin *corpus* propio, recurriendo a ficciones representativas; o bien se desnaturaliza el *corpus*, concibiéndolo como posesión del derecho, que no de la cosa. De una manera u otra, se desvaloriza significativamente la relación efectiva o de hecho que el poseedor mediato tiene con la cosa.

Con este distanciamiento conceptual se olvida la actuación posesoria que sirve de soporte a la posesión mediata, que también significa «tenencia de la cosa» (art. 430); que también representa ejercicio de un «señorío» efectivo sobre la cosa. En este sentido, Espín Cánovas ha sabido resaltar las palabras de Wolff: «la posesión mediata se basa en una decidida espiritualización del concepto de señorío sobre una cosa: a pesar de la posesión inmediata interpuesta entre la cosa y el poseedor superior, la relación entre éstos aparece siempre como un señorío de hecho actual, y no como una expectativa de un señorío futuro. La entrega en concepto de arrendatario,

datario, usufructuario, comodatario... Lo único que ocurre es que se posee en concepto distinto. Probablemente la distinción histórica entre *possessio* (posesión como dueño) y *quasi possessio* (posesión en otro concepto) haya sido superada por la distinción establecida en el artículo 432 del CC, que se refiere a los modos de tener las cosas y disfrutar los derechos: en concepto de dueño o en otro concepto (concepto genérico). Sobre estos presupuestos, se propone una interpretación de la distinción posesión de cosas y de derechos que se aparta de la tradición histórica. Se habla de posesión de cosas en relación a toda manera de poseer, sea cual sea el derecho que refleje (propiedad u otro derecho), que recaiga sobre un objeto corporal. Posesión de cosas es la que tiene por objeto las cosas corporales, con independencia de cómo se posean. Y el concepto de posesión de derechos se reserva para designar el disfrute de bienes incorpóreos. Así, GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, cit., pp. 22 y ss.; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 17-20.

prenda, etc., no representa una renuncia al señorío, sino una atenuación de éste»³⁸. La posesión mediata no es posesión sin *corpus*, sino posesión en un concepto más espiritualizado, pero que sigue implicando señorío efectivo. El desdoblamiento de la posesión sobre las cosas en posesiones distintas trae de la mano, pues, una ampliación de la caracterización del *corpus* posesorio más allá de la tenencia material, hasta abarcar situaciones en que se ejercen sobre la cosa facultades posesorias más abstractas, o, si se prefiere, más «jurídicas» (el poseedor mediato obtiene, por ejemplo, frutos civiles de la cosa). Desde esta perspectiva enriquecedora, y no desde otra, es como ha de valorarse la relación «mediata» con la cosa.

Prescindir, pues, del *corpus* en la caracterización de la posesión mediata es mutilar traumáticamente su propia esencia, que participa, al mismo tiempo, del *corpus* y del *animus* posesorio. En la situación de concurrencia se produce, por tanto, una diversificación de la posesión de la cosa en posesiones distintas, cada una de las cuales entraña una manera de «ser» y «sentir» característica. No se trata, pues, de que un mismo hecho sirva de base al desdoblamiento posesorio y que el poseedor «mediato» posea a través del poseedor «inmediato». Son dos posesiones distintas, cada una de las cuales implica una «intención» y también una «tenencia» propia. Tampoco se trata de diversificar el objeto de la posesión, de manera que un poseedor lo sea del «derecho» y el otro de la «cosa». La posesión mediata no significa ni mediación posesoria ni posesión de derechos. No hace falta recurrir a ficciones representativas ni forzar la categoría de la posesión de derechos. Basta con aprehender el concepto de «tenencia de la cosa» del artículo 430 del CC desde la diversificación posesoria del artículo 432. Sobre estos presupuestos, se puede hablar de concurrencia sobre una misma cosa de posesiones distintas, con autonomía conceptual plena.

Pero entonces, coherentemente, deberíamos renunciar a las expresiones «posesión mediata» y «posesión inmediata», que son equívocas. En efecto, parecen indicar que el poseedor mediato posee «mediatamente», a través del otro. No obstante, en nuestro Ordenamiento, está ya muy arraigado el empleo de estas expresiones. Además, las otras propuestas terminológicas como las que hablan de «poseedor superior» y «subposeedor»³⁹ o de «señor» y «llevador»⁴⁰ son también equívocas. La primera parece indicar que un poseedor está «más arriba» que el otro en el escalafón posesorio; que uno —«el superior»— es más poseedor que el otro. Cuando, en realidad, ambos tienen la misma cualificación posesoria, aunque

³⁸ Cita de WOLFF recogida por ESPÍN CÁNOVAS, *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, Salamanca, 1965, p. 35.

³⁹ Muy utilizadas en la práctica jurisprudencial.

⁴⁰ Propias de VALLET, «La concurrencia...», *cit.*, p. 54.

posean en conceptos distintos. Y las expresiones «señor» y «llevador» acentúan aún más la distancia en el escalafón. Quizás se pudiese hablar sencillamente de «dueño» y de «tenedor de la cosa para conservarla o disfrutarla», como hace el legislador. Pero también en este caso son necesarios algunos ajustes conceptuales: en rigor se debería hablar de «poseedor en concepto de dueño» –de una parte– y dejar claro –de otra parte– que el «tenedor de la cosa» es también poseedor a los efectos correspondientes. En fin, no acabamos de encontrar unas palabras que, por sí mismas –en yuxtaposición–, expresen la especial relación que se establece entre los poseedores concurrentes. Utilizaremos, pues, indistintamente todas estas expresiones que, al fin y al cabo, están respaldadas por la autoridad de las voces que las han propuesto y por su aceptación en la práctica. En cualquier caso, el alcance de las mismas deberá entenderse matizado por las precisiones conceptuales hechas.

3. DINÁMICA FUNCIONAL DE LAS POSESIONES CONCURRENTES

En la figura de concurrencia de posesiones que nos ocupa, la posesión de las cosas se diversifica en posesiones distintas. Cada posesión tiene un ámbito de actuación característico. Y, además, cada una de las esferas posesorias concurrentes despliega su propia energía jurídica, a los efectos posesorios correspondientes.

3.1 **Delimitación de las respectivas esferas de legitimación posesoria**

Ya aludíamos en otro momento a la diversificación de la posesión sobre las cosas, característica de la concurrencia de posesiones. Insistamos sobre ello. La posesión en un concepto dado, en cuanto reflejo del derecho correspondiente, está integrada por un conjunto de facultades posesorias. Tales facultades pueden verse limitadas, en todo o en parte, cuando el poseedor entrega la cosa a otro sujeto en un concepto derivado. La diversificación siempre tiene cabida desde una posesión en un concepto más amplio a otra en un concepto más limitado. Pero, en concreto, tomemos como centro de nuestras explicaciones el prototipo de desdoblamiento posesorio: los supuestos en que la cosa ha sido confiada por el poseedor en concepto de dueño a otro sujeto que las recibe en el concepto de tenedor para disfrutarla o conservarla (concepto de usufructuario, arrendatario, depositario, comodatario...). Lo que se diga en relación con este ejemplo concreto sirva en general para todos los casos de diversificación posesoria.

La posesión en concepto de dueño, o, para ser más preciso, la posesión que se ejerce de hecho en concepto de propietario, implica, en principio, las más amplias facultades posesorias sobre la cosa. El contenido de esta posesión sufre, sin embargo, importantes recortes debido a la concurrencia sobre el mismo objeto de otra posesión en un concepto derivado, que implica facultades en parte coincidentes y, por tanto, incompatibles con las de la originaria posesión. Podríamos calificar el supuesto como de «cesión de facultades posesorias». El poseedor en concepto de dueño, en ejercicio de su propia condición, se ha desprendido de la cosa y de buena parte del contenido de la posesión en favor de otro sujeto. Pero, a pesar de ello, todavía es poseedor y mantiene su categoría posesoria. Sigue siendo poseedor y en el mismo concepto, aunque con una esfera de actuación posesoria más restringida. En otras palabras, la posesión continúa su identidad; sólo se modifica el ámbito característico de ejercicio⁴¹. En este sentido, cabe hablar de *plasticidad* del concepto posesorio. Además, como la modificación no afecta a la identidad, la posesión en concepto de dueño sigue teniendo vocación de plenitud. Se podría decir que conserva su contenido potencial⁴². Y así, cuando queda «vacante» la posesión derivada, la posesión mediata recupera de nuevo, automáticamente, la totalidad de sus facultades características; esto es, recupera la plenitud de sus facultades originarias⁴³. La cosa vuelve a estar bajo la influencia exclusiva del primer poseedor; el cual, no obstante, deberá actuar con la debida diligencia posesoria y consolidar la relación material con la cosa, sobre todo, para evitar que un tercero se haga con la posesión de la misma. Pero, en este caso, la actuación del tercero constituye un acto de despojo posesorio, sometido a la disciplina del artículo 460.4.º del CC. El tercero no está «ocupando» una cosa «abandonada»; está lesionando la posesión ajena.

⁴¹ El profesor BADOSA COLL ha descrito y caracterizado magistralmente el fenómeno de diversificación cualitativa de la posesión en posesiones en conceptos distintos, pero coincidentes sobre la misma cosa. Su manera de entender el problema coincide sustancialmente con la nuestra; y, dada su maestría en el manejo de los conceptos jurídicos, nos ha allanado considerablemente el terreno: sus aportaciones en la materia han sido la base de nuestras reflexiones. Vid. BADOSA COLL, *Justo título*, en E. J. Seix, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 675 y ss.

⁴² La cuestión ha sido estudiada, sobre todo, en relación a los derechos reales. La doctrina más tradicional en esta materia entiende que parte de las facultades del derecho más amplio se escinden de éste y pasan a constituir un derecho más limitado. Sin embargo, hoy por hoy, la opinión mayoritaria rechaza la tesis del fraccionamiento de facultades, considerando que, simplemente, se produce una limitación en el ejercicio de las mismas. Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, «La facultad de disposición», en *ADC*, 1950, p. 1037.

⁴³ En un sentido parecido, vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 326-327.

Como consecuencia de la diversificación posesoria, junto a, o al lado de, la posesión en concepto de dueño ha surgido otra posesión en un concepto más limitado, que tiene también su propia autonomía posesoria. Se trata de una posesión derivada y titulada. Estas características van a delimitar su ámbito de legitimación. Nos explicamos.

La adquisición por el tenedor de la cosa en un concepto limitado está basada en un acto del sujeto legitimado para ceder dicha tenencia. El poseedor en concepto de dueño realiza un recorte en su propia esfera posesoria; «cede posesión propia» y, por tanto, actúa dentro de la lógica jurídica subyacente en el artículo 460.2.º del CC. Entre la posesión originaria y la nueva posesión existe, por tanto, una *coordinación derivativa*.⁴⁴ El acto de entrega de la posesión —como originado en la voluntad del sujeto con *legitimación para disponer de dicha posesión*— excluye la idea de lesión posesoria. O, vistas las cosas desde la otra cara de la moneda, existe una relación causal entre posesiones, que legitima la posesión derivada.

Además, la entrega de la posesión va acompañada de un título o *causa possessionis* ⁴⁵. En nuestro Ordenamiento, todo desplazamiento patrimonial se fundamenta en una causa, que es la que determina el título de adquisición. En orden a la cesión de la posesión, el artículo 460.2.º del CC deja las cosas bien claras en este sentido ⁴⁶. Desde esta perspectiva posesoria, el título es el supuesto de hecho (contrato o negocio jurídico) cuyo efecto en abstracto es la adquisición de un derecho entre cuyas facultades se encuentra la de poseer ⁴⁷. La referencia a un título no implica la correspondencia de la posesión con el derecho. Por una u otra causa de ineficacia, el

⁴⁴ Se adquiere derivativamente la posesión «cuando se obtiene de un poseedor anterior con su consentimiento o por ministerio de la ley». Vid. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, cit., p. 43. Sin embargo, hay un sector doctrinal que entiende que la posesión como hecho no puede adquirirse derivativamente. La transmisión de la posesión no cabe, pues un hecho no puede transferirse. De esta opinión, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1931, p. 125; ALBALADEJO GARCÍA, «Adquisición y pérdida de la posesión», *RDP* 1963, pp. 117 y ss. Nadie duda, en efecto, que la posesión concebida como hecho material sólo puede adquirirse originariamente. Pero la posesión como realidad jurídica es algo más que el hecho material. Valoradas las consecuencias jurídicas de la tenencia, la posesión adquiere otra trascendencia. Y nada impide en abstracto que se pueda suceder en la posesión en cuanto posición o relación jurídica. En este sentido cabe hablar de adquisición derivativa de la posesión. Vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 204-208; ESPÍN CÁNOVAS, «La sucesión en la posesión y la unión de posesiones», *RDP*, 1943, pp. 595 y ss.

⁴⁵ Esta identificación entre el título y la *causa possessionis* la encontramos en SALLELLES, *La posesión de bienes muebles (estudios de Derecho alemán y de Derecho francés)*, Madrid, 1927, p. 61.

⁴⁶ Sobre la naturaleza causal de la cesión de la posesión, vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 220 y ss.; BADOSA COLL, *Justo título...*, cit., p. 670.

⁴⁷ Vid. BADOSA COLL, *Justo título...*, p. 668.

título no siempre logra este efecto. Pero, a pesar de ello, despliega importantes consecuencias respecto a dicha posesión; en concreto, el título caracteriza el concepto posesorio particular en el que recibe la cosa el tenedor, e, incluso, delimita negativamente el ámbito de facultades de la posesión superior. Nos explicamos.

El título de adquisición de la posesión configura el concepto bajo el cual se adquiere⁴⁸. Esto es, el título actúa de principio configurador que caracteriza y cualifica la relación que se inicia con la cosa. En este sentido, se ha dicho que la causa de la cesión posesoria «da color a la posesión»⁴⁹. Todo ello se corresponde con un proceso de objetivación del *animus posesorio*⁵⁰. La intención con que se ejerce la posesión no se valora desde los dictados de la voluntad del poseedor, entendida como voluntad psicológica. Se acude a una voluntad objetivada según los moldes del derecho, como voluntad encaminada a adquirir un tipo de derecho. La posesión comienza a tenerse en el concepto de titular del mismo derecho que las partes se propusieron transmitir por el contrato.

La objetivación del concepto en relación con el título responde a razones prácticas. En algunos casos, la actuación que despliega el poseedor puede por sí misma servirnos de pauta para referir la posesión a un tipo de derecho subjetivo. Entonces, desde el mismo comportamiento posesorio, se configura el concepto. Pero en otros muchos supuestos la cosa no es tan fácil, porque los actos posesorios no son lo suficientemente numerosos o significativos como para permitir identificar el derecho subjetivo que reflejan⁵¹. Es decir, el comportamiento posesorio es equívoco. Piénsese, por ejemplo, en la posesión de los bienes muebles, o en los períodos de inactividad posesoria en relación a los bienes inmuebles. Por ello, sería un procedimiento incierto el de inferir el concepto en que se posee de la forma de ejercitar el poder sobre el objeto. Razones prácticas aconsejan, pues, tomar como referencia un elemento objetivo, representado por el título.

Aquí no acaba la función configuradora del título que, además de cualificar el concepto, delimita el ámbito de facultades que lo integran. Todo derecho y, por ende, el concepto posesorio correspon-

⁴⁸ Sobre la relevancia del título o *causa possessionis* en la determinación del concepto con que se inicia la posesión: vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 95; MARTÍN PÉREZ, *Posesión...*, cit., p. 42, y en *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 127; HERNÁNDEZ GIL, *Función social...*, cit., p. 81; GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, cit., p. 28; ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión (notas al artículo 436 del Código Civil)», en *Libro homenaje al profesor Roca Juan*, 1989, p. 38.

⁴⁹ Vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 97.

⁵⁰ Sobre el significado y alcance de la objetivación del *animus*, vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 75.

⁵¹ Vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, pp. 20-21.

diente se caracteriza por estar integrado por un conjunto de facultades. En consecuencia, cualificar la posesión en un concepto dado implica también concretar el contenido característico de la misma. Y, además, siendo el contenido de la posesión derivada coincidente en todo o en parte con las facultades posesorias que integran la posesión superior, las funciones delimitadoras del título se amplían de nuevo. El título de cesión de la posesión en un concepto derivado lo es, al mismo tiempo, de la limitación del contenido de la posesión superior⁵².

De todo lo expuesto se deduce que el título o causa de la cesión posesoria se define no sólo por su eficacia directa como principio legitimador y configurador de la posesión derivada, sino también por la indirecta de limitación de la plenitud de la posesión originaria.

Por el contrario, la relación con la cosa no titulada no participa –o al menos en la misma medida– de estos efectos. En concreto, merecen especial atención la entrega precedida de título nulo o inexistente y la ejecución sobre la cosa de actos meramente tolerados.

En el primer caso señalado, no puede hablarse con propiedad de cesión de la posesión. El poseedor superior entrega la cosa a otro sujeto, en virtud de un título inexistente o nulo. Entonces, razonando en buena lógica causal, habría que decir que el tenedor sólo recibe materialmente la cosa, pero no adquiere una posesión cualificada en un concepto dado. Al carecer el título de adquisición de plena virtualidad jurídica no determina ni cualifica la condición posesoria. Serán los actos y el comportamiento posesorio del propio tenedor los que caractericen dicha condición, prescindiendo del título. No obstante ello, se puede matizar este pensamiento causalista sobre la base de las siguientes consideraciones. Por una parte, ha mediado entrega y, por tanto, la relación del tenedor con la cosa está justificada frente al poseedor superior (art. 441 del CC). Y en este sentido, se puede hablar de adquisición pacífica de la posesión. Además, la nulidad no impide que el título actúe como indicador del baremo con que ha de valorarse el comportamiento posesorio del tenedor. El título, aunque nulo, refleja de alguna manera el concepto en que se realiza la entrega posesoria. Justamente lo contrario ocurre en los supuestos de negocios simulados o fiduciarios. Entonces, la entrega ha de valorarse según lo que realmente «han querido» o «han pretendido» las partes. Al fin y al cabo, el título es un criterio de referencia para determinar el concepto porque expresa de manera privilegiada el *animus* o voluntad de la entrega posesoria, que, normalmente, se corresponde con el comportamiento con que se empieza a poseer. Por consiguiente, hay que hacer valer siempre la

⁵² En un sentido parecido se pronuncia, BADOSA COLL, *Justo título...*, cit., p. 677.

verdadera voluntad, o mejor dicho, utilizando términos más propios en materia de posesión, el verdadero *animus*. En esta línea de razonamiento, hay que repensar el planteamiento sobre el título nulo: que si bien carece de buena parte de su virtualidad posesoria – no es «justo título» a los efectos de la usucapión ordinaria, ni tampoco existe cesión posesoria a los efectos del artículo 1960.1 del CC–, tiene suficiente potencial para ilustrar cuál ha sido el *animus* o concepto de la entrega posesoria. Nos encontramos, pues, a mitad de camino entre la adquisición derivativa y la originaria. Y así se entiende que este supuesto haya sido calificado como de «ocupación impropia»⁵³.

En segundo lugar, aludíamos a los actos que un sujeto ejerce sobre la cosa por mera tolerancia del poseedor. Esta situación no se encuentra caracterizada expresamente en nuestro Ordenamiento; sólo se regula su efecto (art. 444). En respuesta a esta silencio legal, la doctrina se ha ocupado de interpretar el significado de los actos ejecutados por tolerancia. Por algunos se ha referido la calificación de actos tolerados a los que comportan contactos limitados con la cosa. Otros han destacado en especial el carácter transitorio. En fin, también se ha señalado el carácter poco molesto de estos actos⁵⁴. Todas estas opiniones tienen el mérito de haber sabido descubrir las situaciones de tolerancia posesoria más usuales en la práctica, en las cuales, se reproducen, efectivamente, los rasgos mencionados. Éste es el caso, por ejemplo, del que tolera que otro pase por su finca o el uso del agua en cantidades mínimas. Sin embargo, no parece del todo acertado definir los actos meramente tolerados en atención a su extensión o duración, ni tampoco en razón al perjuicio que ocasionan. Tales caracteres no constituyen propiamente la esencia de la tolerancia. Más bien es la voluntad de las partes lo que realmente caracteriza esta especial relación con la cosa⁵⁵. Al igual que la voluntad objetivada a través del título configura el concepto posesorio, también la «voluntad de tolerancia» define esta especial situación. Se trata, por tanto, de una voluntad no concretada en un contrato o negocio jurídico. La situación de tolerancia se define, negativamente, junto con la falta de oposición del *dominus*, por la ausencia de título⁵⁶. Justamente lo particular del *animus* tolerante es que la intención de las partes no ha sido crear relación jurídica alguna. El

⁵³ Vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 96-97.

⁵⁴ En general, sobre esta caracterización, vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 137 y ss.

⁵⁵ En este sentido, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 129; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 262; y recientemente, SILLERO CROVETTO, «Los actos meramente tolerados y la posesión», AC, 1996-2, doctrina, XXVI, pp. 533-534.

⁵⁶ Vid. MORALES MORENO, *op. cit.*, 134; SILLERO CROVETTO, *op. cit.*, p. 529.

poseedor sólo consiente que otro sujeto disfrute de la cosa y la actuación de esta parte también se basa en la condescendencia. Ni aquél que tolera tiene intención de ceder posesión alguna, ni el que actúa por tolerancia tiene intención posesoria. En total correspondencia con el *animus* de las partes está el efecto previsto en el artículo 444 «no afectan a la posesión». En este contexto se ha dicho que los actos meramente tolerados «ni dan ni quitan posesión»⁵⁷.

Recapitemos para concluir este apartado. En la situación característica de concurrencia de posesiones, la posesión sobre las cosas se diversifica en posesiones distintas. Cada posesión tiene un ámbito de actuación propio y, por ende, cada poseedor, en su misma condición posesoria, está legitimado para ejercer sobre la cosa las facultades que integran su esfera de actuación. La fijación de la extensión y los límites de las respectivas esferas de legitimación depende, directa o indirectamente, del título que sirve de base a la diversificación posesoria. Y, en este sentido, se puede hablar de objetivación de las relaciones entre poseedores. No obstante, como tendremos ocasión de explicar, la cualificación posesoria inicial no es definitiva. Se refiere al momento de la diversificación posesoria y, en principio, hay que presuponer su continuidad (art. 436 del CC). Esta inercia posesoria puede cambiar. Durante el desenvolvimiento de la posesión, se pueden producir modificaciones de hecho en la forma de poseer que afecten a la configuración inicial de la situación de concurrencia de posesiones. Pero de estas mutaciones sobrevenidas tendremos oportunidad de hablar más adelante.

3.2 Eficacia jurídica de las distintas posesiones concurrentes

Nos toca ahora analizar los efectos estrictamente posesorios que despliegan cada una de las posesiones coincidentes sobre la cosa. Nos referimos, por tanto, a los siguientes efectos: la usucapión, percepción de frutos y la protección interdictal. En un primer momento, vamos a ocuparnos de la energía jurídica *ad usucapionem* que conserva la posesión mediata; y, en concreto, siguiendo con el prototipo de desdoblamiento posesorio, la posesión en concepto de dueño. El poseedor en un concepto tan cualificado se ha desprendido de la cosa y ha limitado significativamente su esfera de legitimación posesoria. Pero, como decíamos, sigue siendo poseedor y conserva su categoría posesoria a los efectos correspondientes. Precisamente en su condición de poseedor en concepto de dueño tiene la cualificación exigida para usucapir el dominio.

⁵⁷ Vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 261.

Igualmente la posesión derivada puede desplegar efectos *ad usucapionem*, siempre que reúna la cualificación jurídica requerida para ello; por ejemplo, concepto de usufructuario. La potencialidad para usucapir de las respectivas posesiones concurrentes depende de que sean en concepto de titular de un derecho usucapible; en concreto, el dominio y, genéricamente, los restantes tipos de derechos reales (arts. 609, 1930 y 1940 del CC). Una y otra posesión, la mediata y la inmediata, funcionan con autonomía, porque encierran en sí mismas el potencial posesorio necesario. Ello se manifiesta, en concreto, en el campo de la usucapición, y, en general, en relación a todas las consecuencias típicas de la posesión.

Pensemos ahora en otro efecto importante de las posesiones concurrentes como es la percepción de los frutos de la cosa. Bien conocidas son las disputas doctrinales en torno al concepto de frutos⁵⁸. Pero no nos corresponde a nosotros abordar esta cuestión. A los efectos de regular las relaciones entre poseedores, más que considerar los elementos definidores de la noción de frutos, interesa señalar los criterios que sirven para regular la distribución de frutos entre cada esfera posesoria. Y, en este punto, otra vez juegan un papel fundamental las categorías o conceptos posesorios. A cada poseedor se le adjudican los frutos que se corresponden con el derecho en cuyo concepto posee. Y, de nuevo, el ámbito de legitimación posesoria del poseedor mediato se concreta, indirectamente, en atención a la naturaleza de la posesión concurrente. En unos casos, puede que no le corresponda fruto alguno, en cuanto que la posesión coincidente lleva implícita la facultad plena de disfrute; así ocurre con el poseedor en concepto de usufructuario que, en razón a su condición, está llamado a percibir los frutos naturales, industriales y civiles (art. 471 del CC), que, en definitiva, son todos los frutos que produce la cosa. En el otro caso extremo, la posesión derivada no conlleva la percepción de los frutos, y sólo implica facultades de uso (concepto de comodatario, según el art. 1741 del CC) o, incluso, sólo de conservación (concepto de depositario del art. 1768). Entonces, el poseedor en concepto de dueño tiene adjudicados todos los frutos de la cosa. En fin, la posibilidad intermedia es el reparto de frutos. Por ejemplo, al poseedor en concepto de dueño le corresponden los frutos civiles y al otro poseedor los naturales e industriales; así ocurre en la relación arrendaticia (art. 1543). Los frutos civiles evidencian bien a las claras la especial relación del poseedor mediato con la cosa. Se trata de unos frutos que proceden de la cosa pero no directamente de ella misma, sino como consecuencia de haberla hecho objeto de una rela-

⁵⁸ Sobre el concepto de frutos, GARCÍA CANTERO, «Concepto de frutos en el Derecho civil español», *RDN*, IX-X, 1955, pp. 61-240.

ción jurídica de la que nace el derecho a obtener los frutos ⁵⁹. Nos encontramos, por tanto, ante una forma mediata o indirecta de disfrute de la cosa poseída, que representa una abstracción del *corpus posesorio*.

La cuestión del reparto de frutos entre poseedores se organiza, pues, de distinta manera, en razón a los respectivos conceptos posesorios. O, concretando más, el concepto en que se disfruta la posesión derivada caracteriza, por defecto, los frutos que corresponden a la posesión mediata. Bien entendido, además, que la legitimación posesoria en relación a los frutos no significa «adquisición» de los mismos. Se trata de un criterio de distribución de frutos que sólo actúa en el desenvolvimiento de la relación posesoria. En otras palabras, es una cuestión entre poseedores. El otro problema sobre la adquisición de los frutos va un poco más lejos, y representa el conflicto definitivo entre la posesión y el derecho en el momento de liquidación de una posesión indebida ⁶⁰. Aunque también a estos efectos, la regla que relaciona los frutos con el concepto posesorio puede ser operativa ⁶¹.

Cada una de las posesiones concurrentes despliega, pues, su propia actividad y disfruta de importantes beneficios posesorios. Cada poseedor dispone, en definitiva, de una esfera de legitimación posesoria particular, que marca un territorio que ha de ser respetado, en general, por todos (art. 446), y, en concreto, por el poseedor concurrente. Cualquier extralimitación en el ejercicio de la propia condición posesoria significa invasión de la esfera ajena. Justamente para defender su esfera de legitimación, cada poseedor dispone de la protección interdictal, en sentidos y frentes distintos. De todo ello, nos vamos a ocupar a continuación.

3.3 Tutela interdictal de las respectivas posesiones concurrentes

En primer lugar, pocas dudas puede ofrecer la legitimación del sujeto que tiene la cosa (poseedor inmediato) para defender dicha tenencia frente a todos, ya proceda la lesión posesoria de un tercero, ya de la otra parte en la relación posesoria (poseedor mediato). El goce material que ejerce el poseedor inmediato lo convierte en el poseedor prototipo, que encarna la concepción más tradicional de la tutela interdictal representativa de la defensa de la relación de hecho con la cosa, entendida en su más pura facticidad. Versión de los

⁵⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, v. 2.º, 11.ª ed., p. 126.

⁶⁰ Sobre el tema, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», *ADC*, 1975, pp. 551-636.

⁶¹ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 574, nota 56.

interdictos que encaja perfectamente con una concepción primaria y materialista del *corpus* posesorio.

No obstante, la situación del poseedor inmediato no se reduce a una mera tenencia material de la cosa; además, participa de la distribución de facultades posesorias característica de la situación de concurrencia de posesiones. Tiene la cosa, pero en un concepto dado y con una determinada extensión. Desde la mera tenencia de la cosa, se produce un ensanchamiento de la posesión, hasta abarcar un conjunto de facultades y, en definitiva, una forma de poseer. Paralelamente, se produce una extensión de la tutela interdictal, que tiene por objeto, además del despojo material, la actuación del poseedor mediato que consiste en una extralimitación en el ejercicio de su condición posesoria, que, en definitiva, se traduce en una invasión de la esfera de la posesión concurrente⁶². Los interdictos tienen, entonces, por objeto los conflictos que se suscitan entre las posesiones concurrentes.

El problema que suscita la legitimación interdictal del poseedor inmediato frente al mediato ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia de forma especial en la relación arrendaticia, que, en general, ha sido el supuesto de concurrencia de posesiones donde se ha ensayado la aplicación de la teoría interdictal⁶³. La opinión doctrinal mayoritaria se pronuncia en favor de la legitimación interdictal del arrendatario (esto es, de quien posee en tal concepto) frente al arrendador (quien posee como tal), que se extralimita en el ejercicio de su condición posesoria. Éste es también el sentir de la jurisprudencia. No obstante, se han oído voces en contra, fundamentalmente, por las siguientes razones expuestas por Viada⁶⁴:

Se ha dicho que, entre el arrendador y arrendatario, media una relación obligatoria, en la que se encuentran determinados los derechos y obligaciones de cada parte. Por ende, cuando el arrendador invade la esfera de facultades del arrendatario, se produce un incumplimiento contractual, y no propiamente una lesión posesoria. A mayor abundamiento, en la misma línea, se reconduce la valoración de la actuación extralimitada del arrendador a parámetros contractuales. Se concibe así como una cuestión de derecho, ajena al ámbito de hecho de la tutela interdictal⁶⁵.

⁶² Resalta expresamente este aspecto de la tutela interdictal, VALLET, «La concurrencia de varias posesiones...», *cit.*, pp. 61 y ss.

⁶³ Especialmente, sobre el tema, *vid.* VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, «La legitimación activa y pasiva de los interdictos de retener y recobrar la posesión», *ADC*, 1955, pp. 822 y ss.; RODRÍGUEZ SOLANO, «El interdicto de recobrar y las relaciones arrendaticias», *RDP* 1964, pp. 921 y ss.

⁶⁴ *Vid.* VIADA, «La legitimación activa y pasiva...», *cit.*, p. 824.

⁶⁵ Esta parece ser la *ratio* de la solución prevista en el artículo 2282 del CC francés, según la Ley de 9 de julio de 1975. Sobre la base de este precepto, el «detentador» que tie-

Pero esta manera de ver las cosas olvida y desconoce la perspectiva posesoria del tema. Con independencia del vínculo obligatorio en su dimensión plenamente contractual, cabe considerar la relación posesoria compleja que se establece, caracterizada por la concurrencia sobre la cosa de varias posesiones en conceptos distintos, que tienen entre ellas plena independencia conceptual y funcional. Cada posesión tiene un ámbito de operatividad propio, que implica una forma particular de poseer la cosa. Y, por tanto, cabe la protección interdictal para defender la esfera de legitimación posesoria que se tiene frente a la otra posesión concurrente.

El problema se ha de reconducir, por tanto, al orden posesorio, considerando la relación del poseedor inmediato con la cosa como una esfera de legitimación posesoria, definida por el goce, según facultades determinadas. La manera de tener la cosa, o, para ser más precisos, el concepto en que se ejerce la posesión, constituye una cuestión de hecho, objeto de la tutela interdictal. Cuando el sujeto que posee como arrendatario ejerce la protección interdictal está haciendo valer una cuestión de hecho y no de derecho. Sólo alega su condición de poseedor –su relación efectiva con la cosa–, y no su condición de arrendatario. Insistimos, el objeto de los interdictos se limita al hecho de la posesión; esto es, a cómo se ejerce, *de facto*, la posesión.

Por todo lo anterior, la tutela interdictal del arrendatario frente al arrendador y, en general, del poseedor inmediato frente al mediato, parece estar plenamente justificada; tanto para defender estrictamente la tenencia de la cosa como el ejercicio de las facultades posesorias ⁶⁶. Estamos presenciando, pues, un

ne la cosa en un concepto limitado dispone de todas las acciones posesorias para defender su condición. En este sentido, el detentador se encuentra en pie de igualdad con el poseedor mediato. No obstante, la protección posesoria del detentador tiene un límite importante en el principio de no procedencia de las acciones posesorias en las relaciones entre contratantes, expresamente enunciado en el artículo 2282: «*La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui el tient ses droits*». Este recorte del ámbito de la protección posesoria –que también se hace valer en las relaciones convencionales entre coposeedores o entre el nudo propietario y el usufructuario– es interpretado por la doctrina como una manifestación de la regla general de «*non-cumul*» entre las acciones posesorias y petitorias. En definitiva, se trata de evitar que, a través de las acciones posesorias, se haga valer el «incumplimiento contractual». Vid. GRELLIERE: «*La protection possessoire*», *AJPI* 1982, pp. 597-598; ORTSCHIEDT: «Comentario a los arts. 2282-2283 del Código Civil francés», en *Jurisclasseur civil*, París, 1993, principalmente núms. 50-51.

⁶⁶ Ésta es la opinión generalizada en la doctrina; *vid.*, entre otros, GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, *cit.*, p. 79; MARTÍN PÉREZ, *La posesión...*, *cit.*, p. 177; VALLET, «La concurrencia de varias posesiones...», *cit.*, pp. 54 y 62; DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, p. 170; VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, «Legitimación activa y pasiva...», *cit.*, pp. 822 y ss.; LACRUZ BERDEJO, «Contribución a una pedagogía de la posesión...», *cit.*, p. 71.

ensanchamiento generalizado de las categorías posesorias: del propio concepto de posesión, de la noción de lesión posesoria, hasta llegar a una consecuente ampliación del ámbito de la tutela interdictal.

Esta ampliación de la posesión y sus instrumentos, en razón a las peculiaridades de la situación de concurrencia de posesiones, se acentúa en las cuestiones que afectan al poseedor mediato, que tiene una posesión en un concepto mucho más espiritualizado, lo cual potencia en grado máximo la reinterpretación de las categorías posesorias.

Efectivamente, la relación del poseedor mediato con la cosa es mucho más abstracta, concretándose en el ejercicio de un elenco de facultades de goce mediato o indirecto. Pero no por ello deja de ejercer un «señorío de hecho». Se trata de otra forma de *corpus*, más espiritualizada, pero que, al fin y al cabo, también representa un poder sobre la cosa. El poseedor mediato es poseedor y, además, poseedor de hecho. Sobre estos presupuestos, dispondrá de la tutela interdictal, precisamente pensada y organizada para defender la relación de hecho que ejerce el poseedor⁶⁷. Y no se objete a este respecto que los interdictos se ocupan del hecho de la posesión y no del derecho a la misma. Cuando el poseedor en concepto de dueño ejerce la tutela interdictal para salvaguardar su situación posesoria sólo está haciendo valer su condición de poseedor en un concepto dado, y no su condición de dueño efectivo. El concepto de dueño es una cuestión de hecho, que refleja cómo se ejerce, de facto, la posesión. Por todo ello, estimamos procedente la tutela interdictal para defender la situación de hecho que representa la posesión mediata.

De una parte, cabe la tutela interdictal frente a la actuación lesiva de un tercero que incida de forma principal en la esfera de legitimación del poseedor mediato, sin perturbar o lesionar la situación del poseedor inmediato. Ilustra Vallet⁶⁸ este supuesto con el caso de un vecino que no respeta una servidumbre *altius non tollendi*, constituida en favor del predio dado en arrendamiento rústico. La elevación de la pared por el vecino no perjudica a la posesión del arrendatario. En cambio, lesiona la posesión del propietario, en cuanto le

⁶⁷ Así lo admite genéricamente la doctrina. *Vid.*, entre otros, MARTÍN PÉREZ, *La posesión...*, *cit.*, 177, y en *Comentarios al Código Civil...*, *cit.*, p. 311; GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, *cit.*, p. 79; DE LOS MOZOS, *La tutela interdictal...*, *cit.*, pp. 175-176; VALLET, «La concurrencia de posesiones...», *cit.*, pp. 54 y 61; LACRUZ BERDEJO, «Contribución a una pedagogía...», *cit.*, pp. 70-71; y, con ciertas matizaciones, RODRÍGUEZ SOLANO, *El interdicto de recobrar...*, *cit.*, p. 922. En contra, VIADA, «La legitimación activa y pasiva...», *cit.*, p. 824.

⁶⁸ *Vid.* VALLET, «La concurrencia de varias posesiones...», *cit.*, p. 55.

perjudica para el caso de que, en el futuro, quiera edificar en aquel terreno, privándole de vistas, para gozar de las cuales constituyó precisamente la servidumbre. Protección, pues, de la posesión mediata frente a la actuación lesiva de un tercero.

Es bastante usual, por otra parte, que el poseedor inmediato haya facilitado o posibilitado con su propio comportamiento la actuación del tercero. Y esto, además, suele ocurrir de espaldas al tercero, que no participa conscientemente en la lesión de la posesión ajena. Así sucede cuando el poseedor inmediato, extralimitándose en su condición posesoria, vende la cosa a un tercero, que adquiere de buena fe y comienza a poseer en concepto de dueño. Otro tanto sucede en el caso de apropiación por el arrendatario de los frutos de la finca que se había reservado el propietario; entregándolos posteriormente a un tercero ajeno, por completo, a la extralimitación posesoria. La significativa participación del propio tenedor en esta actuación lesiva nos permite englobar el supuesto en la categoría más amplia de lesión de la posesión mediata por *actos ejecutados o consentidos* por el que posee la cosa como mero tenedor para disfrutarla o conservarla (art. 463), que será objeto de una atención especial en la segunda parte de este trabajo.

Igualmente tiene cabida la tutela interdictal de la posesión mediata frente a los actos del poseedor inmediato que rebasen el concepto de tenencia limitada. La actuación extralimitada en el ejercicio de la condición posesoria significa lesión de la posesión concurrente, objeto de los interdictos. También en la segunda parte del trabajo volveremos sobre este aspecto de la tutela interdictal.

De todas maneras, sin perjuicio de profundizar en estos planteamientos, quede claro, ya desde ahora, lo que es doctrina consolidada en la materia: el poseedor mediato tiene legitimación activa para defender su posesión frente a extraños y frente al propio poseedor inmediato⁶⁹.

Más dudas puede suscitar la legitimación interdictal del poseedor mediato en los supuestos en que la actuación del tercero significa, esencialmente, despojo o perturbación de la tenencia material de la cosa. Por ejemplo, el sujeto que posee como arrendatario es privado violentamente de la cosa. Entonces, cabría entender que la posesión superior no ha sido lesionada, porque la tenencia de la cosa no está incluida entre sus facultades. Será, pues, el arrendatario quien deberá ejercer la tutela interdictal de «su» posesión. En la misma línea de argumentación se ha alegado que el artículo 1560

⁶⁹ Como muestra de la doctrina de la jurisprudencia menor en la materia, SAP Segovia 5 de mayo de 1995, SAP Huesca de 1 de diciembre de 1995 y SAP Baleares de 4 de junio de 1997.

del CC: «es concluyente en el sentido de conceder al arrendatario acción directa para defenderse de las perturbaciones de mero hecho»⁷⁰, entendiendo excluida la legitimación activa del poseedor superior. Pero también se puede pensar en otro sentido y considerar que la privación de la cosa repercute de forma refleja en la compleja relación que se establece entre las posesiones concurrentes. La posesión que se ejerce sobre la cosa en concepto de usufructuario, arrendatario, depositario o en otro concepto semejante implica una limitación en el tiempo. La posesión en el correspondiente concepto derivado se ejerce, pues, durante un tiempo, y después la posesión «matriz» está llamada a recuperar la plenitud de sus facultades posesorias. La lesión de la posesión inmediata en el presente puede desdoblarse y significar en el futuro lesión de la posesión superior concurrente. Y así, cuando el poseedor mediato defiende la posesión derivada, defiende la propia, o para ser más precisos, el potencial posesorio de la misma⁷¹. Y en ello, se concreta su interés en accionar la tutela interdictal frente a la actuación de un tercero que, sin afectarle directamente, lesiona la posesión inmediata⁷².

La misma solución –y con idénticos argumentos– se puede aplicar en el supuesto de concurrencia posesoria de la nuda propiedad y el usufructo. El tercero que lesiona la situación del tenedor de la cosa en concepto de usufructuario afecta también la situación del sujeto que ejerce la nuda propiedad, o al menos afecta a la plenitud virtual de la misma. Y, por consiguiente, el nudo propietario está legitimado para defender la tenencia de la cosa⁷³.

La posesión mediata tiene, en definitiva, su propio ámbito de protección interdictal que abarca las complejas relaciones posesorias características de la situación de concurrencia de posesiones. La materia exige, sin embargo, un especial cuidado para no confundir las cuestiones de hecho con las de derecho, relacionadas con el incumplimiento de la relación obligatoria que vincula a los poseedores concurrentes. Bien es verdad que el ámbito de las facultades posesorias puede coincidir –se superpone– con el contenido de la relación obligatoria, de tal manera que la lesión posesoria se desdo-

⁷⁰ VIADA, «La legitimación activa y pasiva...», *cit.*, p. 824.

⁷¹ En este sentido SAP La Coruña 19 de abril de 1996, AC 96-3, a) 1061 establece con toda claridad que «el arrendador-poseedor mediato puede ejercitar acciones interdictales posesorias frente a terceros, en defensa de sus intereses, ya que el despojo de la posesión directa, inmediata o de hecho afecta indudablemente a la integridad de la posesión mediata que podría en el futuro, al consolidarse el pleno dominio estar afectada o mermada por los actos de despojo».

⁷² Vid. VALLET, «La concurrencia de varias posesiones...», *cit.*, p. 56.

⁷³ En contra de este criterio, SAP Burgos de 14 de octubre de 1991, AC. 92-1 a) 24.

bla en incumplimiento contractual. Pero, insistimos, a través de los interdictos se defiende la condición de poseedor, dejando aparte –por ahora– las cuestiones contractuales que se superponen a las posesorias. Y desde luego queda por completo al margen de la tutela interdictal la lesión que representa sólo, de forma directa y principal, un incumplimiento contractual.

En relación a la posesión mediata también adquiere una especial importancia el aspecto probatorio que, con frecuencia, se complica porque hay que dar por sentada una relación con la cosa en un concepto que por sí mismo implica una buena dosis de abstracción o espiritualización. Precisamente para facilitar la prueba del hecho posesorio, en la práctica, el acento se debe poner en uno de los dos elementos estructurales de la posesión: el *corpus* o el *animus*. De tal manera que la prueba de uno entraña, indirectamente, la prueba del otro. Nos explicamos. Si es posible identificar un comportamiento lo suficientemente significativo del concepto en que se ejerce la posesión –cosa no siempre posible por las propias características de la posesión mediata–, el *animus* se deduce de este *corpus*. Pero normalmente es el *animus* objetivado en el título el que «fija» la posesión. Aunque el ejercicio es presupuesto *de facto* de la posesión, el comportamiento posesorio no tiene siempre la misma intensidad ni la suficiente claridad para determinar el concepto de la posesión. Existen periodos de relajación en el ejercicio posesorio o comportamientos equívocos, que no dan cuenta de la forma de poseer. Entonces, el «título de adquisición» determina el concepto: «da color» a la posesión.

Dentro de estos límites conceptuales y probatorios, el poseedor mediato puede defender *ad interdicta* su condición de poseedor frente al tenedor que concurrentemente ejerce una relación posesoria limitada sobre la cosa. Los interdictos, pues, organizan las relaciones entre poseedores concurrentes en un doble sentido: desde el tenedor hacia el poseedor mediato, pero también desde éste hacia aquél. No obstante, ha llamado nuestra atención la poca atención que se ha prestado a la configuración jurídica de la lesión de la posesión mediata. De manera especial, resulta sorprendente el poco interés que ha suscitado el artículo 463 del CC que, concretamente, se refiere a este tipo de lesión. Este artículo ha sido desterrado, casi por completo, de la práctica jurisprudencial, a pesar de que autorizadas voces doctrinales han llamado la atención sobre el mismo.

Intrigados por el sorprendente abandono de una cuestión tan rica en matices posesorios, le vamos a dedicar una atención especial en la segunda parte de este trabajo.

II. EL ARTÍCULO 463 DEL CÓDIGO CIVIL: LESIÓN DE LA POSESIÓN MEDIATA POR ACTOS RELATIVOS A LA POSESIÓN EJECUTADOS O CONSENTIDOS POR EL TENEDOR DE LA COSA EN UN CONCEPTO LIMITADO

1. ÁMBITO CARACTERÍSTICO DEL ARTÍCULO 463

El artículo 463 del CC se inserta en la regulación de las relaciones entre las posesiones que se ejercen sobre una misma cosa en conceptos diferentes, en el marco defensivo de la esfera de legitimación posesoria que corresponde a cada una de las posesiones concurrentes. Y más concretamente se refiere a la protección del poseedor en concepto de dueño frente a la actuación del tenedor de la cosa que exceda los límites de su propio concepto limitado. Las relaciones entre los poseedores han de discurrir dentro de los cauces de sus respectivas esferas posesorias. Se podría decir que cada poseedor ha de actuar dentro de sus propias fronteras, cuidándose de no invadir el territorio ajeno. Y, por consiguiente, la actuación extralimitada del tenedor de la cosa que vaya más allá de las facultades de disfrute y conservación que le corresponden, según su concepto, significa una lesión de la posesión concurrente. De esto se ocupa justamente el artículo 463 del CC.

Para concretar el ámbito característico del precepto, el legislador ha empleado unos términos genéricos, pero bastantes expresivos. En efecto, el artículo 463 se refiere ampliamente a «*los actos relativos a la posesión*», y no concreta a qué tipos de actos se está haciendo referencia ⁷⁴. Pero lo cierto es que la expresión utilizada permite acotar el ámbito característico del artículo dentro de lo estrictamente posesorio. Se trata de un precepto que regula la posesión o, si se prefiere, los aspectos y las consecuencias propiamente posesorias que se derivan de la relación con la cosa. El precepto se está refiriendo a los actos posesorios que el tenedor no debe ejecutar ni consentir por ser «actos privativos de quien posee como dueño ⁷⁵»; esto es, peculiares de la posesión en concepto de dueño ⁷⁶. Y, en la misma línea posesoria, deben interpretarse las consecuencias de la actuación extralimitada que el precepto establece: «no obligan ni perjudican al dueño», a los efectos posesorios. En definitiva, el artículo 463 es un precepto sobre la posesión y en este sentido debe ser interpretado y entendido.

⁷⁴ Vid. SCAEVOLA, *Comentario al Código Civil*, t. VIII, 5.ª ed., 1948, p. 579.

⁷⁵ SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 579.

⁷⁶ Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 7.ª ed., 1972, p. 399.

No obstante, el precepto contrapone los intereses del tenedor de la cosa para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto con los intereses del «dueño», y por ello cabría pensar que la norma puede regular aspectos que van más allá de lo estrictamente posesorio; es decir, que afectan al «dueño» en su condición de tal, y no de poseedor; que el artículo 463 cuestiona otras legitimaciones que no son la legitimación entre poseedores y consecuencias que no son las propias de la posesión. La norma dice literalmente «dueño» en lugar de hablar de poseedor en concepto de dueño, como sería lo propio desde una perspectiva posesoria. A pesar de los términos empleados, la doctrina ha traducido la expresión dueño al lenguaje posesorio, atribuyéndole el significado de posesión que se ejerce en este concepto, acotando los límites de la norma en sede de posesión ⁷⁷. También el artículo 432 del CC habla de «dueño», y nadie duda sobre el carácter posesorio de esta norma. Probablemente lo que ocurre es que el legislador, inconscientemente, asimila la condición de dueño y de poseedor en concepto de dueño, porque, en la práctica, lo normal es que ambas condiciones subjetivas vengan a coincidir. Puede ser que el poseedor en concepto de dueño sea realmente dueño. Pero a los efectos posesorios la coincidencia no es relevante.

El artículo 463 debe ser interpretado, pues, como una norma posesoria en dos sentidos distintos. Se contempla la actuación posesoria extralimitada del tenedor y sus consecuencias también posesorias. Hay que entender que el precepto está reconociendo, implícitamente, una esfera de actuación propia a cada una de las posesiones concurrentes. Cada poseedor está legitimado para realizar los actos posesorios característicos de la condición o concepto en que ejerce la posesión. Las relaciones entre poseedores están marcadas por límites recíprocos que no pueden ser rebasados sin consentimiento del otro poseedor. Cualquier modificación de la relación entre las posesiones concurrentes ha de basarse en el otorgamiento expreso de facultades o en la posterior ratificación; ha de ser, pues, un cambio que cuente con la voluntad del poseedor afectado. Ésta es la lógica subyacente del artículo 463. Pero, en concreto, el precepto protege el ámbito de legitimación del poseedor mediato frente a la actuación extralimitada del tenedor de la cosa, que ejerce sin legitimación –sin consentimiento– actos relativos a la posesión ajena. Y para ello utiliza la misma técnica que el artículo 444: en principio, la actuación lesiva no afecta a la posesión; no «obliga» ni «perjudica». Sin embargo, esta consecuencia no es definitiva. A continuación tendremos ocasión de precisar cuál es el verdadero alcance del precepto.

⁷⁷ MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 478; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., pp. 80-81; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, t. I, Madrid, 1991, p. 1238.

2. LESIÓN DE LA POSESIÓN MEDIATA. SUPUESTOS MÁS CARACTERÍSTICOS: LA INTERVERSIÓN POSESORIA Y LA CESIÓN DE LA POSESIÓN A UN TERCERO

Nos vamos a ocupar de la lesión de la posesión mediata en dos supuestos característicos: de la lesión que se materializa en actos extralimitados ejecutados por el propio tenedor y de la lesión ocasionada por un tercero, pero con consentimiento del tenedor. En el primer supuesto, la lesión se caracteriza como una inversión o interversión del concepto posesorio y afecta, esencialmente, a las relaciones entre los poseedores concurrentes. En el segundo supuesto, el tenedor cede la cosa a un tercero en un concepto que implica posesión dominical: por ejemplo, el tenedor, extralimitándose en su condición posesoria, vende la cosa a un tercero, entregándole una posesión en concepto de dueño. Entonces, entra un nuevo sujeto en la escena posesoria y el conflicto de intereses trasciende la relación entre poseedores concurrentes. Propiamente la pugna posesoria enfrentará al poseedor que venía poseyendo como dueño y al tercero que adquiere la cosa en tal concepto. Las peculiaridades propias de cada uno de estos supuestos aconsejan su estudio separado.

2.1 La lesión de la posesión mediata por actos ejecutados por el tenedor de la cosa: cuestión entre poseedores concurrentes

2.1.1 CARACTERIZACIÓN GENERAL DE ESTE TIPO DE LESIÓN

En este caso, la lesión significa, esencialmente, una mutación de la relación entre los poseedores concurrentes. El tenedor gana terreno en su condición posesoria, en perjuicio del poseedor mediato, que pierde campo propio; bien consista la mutación en una simple extensión del contenido de la posesión limitada, bien se produzca un cambio cualificado de la condición posesoria del tenedor por la inversión propiamente dicha del concepto limitado en concepto de dueño. Un tipo y otro de lesión están muy hermanados, aunque varían en su grado de intensidad. En la una, el tenedor rebasa las fronteras de su esfera posesoria, ejercitando alguna o algunas de las facultades reservadas a la otra posesión concurrente. Por ejemplo, el tenedor se apodera de frutos que no le corresponden. Sin embargo, no existe todavía una actuación posesoria que implique que, en lo sucesivo, no se seguirá reconociendo la posesión concurrente. No se niega la posesión superior. Se produce sólo una «avanzadilla» en la extensión de la condición posesoria. En cambio, el otro tipo de lesión significa la realización de actos inequívocamente dominicales que evidencian,

por sí mismos, la negación de la posesión concurrente. El poseedor que venía poseyendo en un concepto limitado muta o cambia su forma de poseer, y comienza a poseer como dueño. Se produce una interversión del concepto posesorio que, a veces, incluso, se apoya en un título procedente de tercero. La interversión en la forma de poseer representa un «golpe mortal» para el sujeto que venía poseyendo en concepto de dueño, porque, si no actúa la defensa interdictal, pierde la posesión. Se trata, pues, de una lesión mucho más intensa que la simple extensión en el ejercicio de facultades posesorias. En ella vamos a centrar nuestra atención. Lo que se diga para ella sirva, en general, para la otra. Porque, al fin y al cabo, participan de una naturaleza común y comporten un mismo régimen jurídico en orden a la adquisición y pérdida de la posesión; sólo están separadas por matices de intensidad. En definitiva, téngase el supuesto de interversión como un acto de despojo de la posesión y el otro como de usurpación de facultades posesorias. Y las soluciones y doctrina de la interversión aplíquense «en grado rebajado» a la otra forma de lesión⁷⁸. Dejando naturalmente aparte la cuestión de la usucapión que se refiere, en particular, a la interversión propiamente dicha.

2.1.2 LA INTERVERSIÓN

La inversión o interversión del concepto posesorio constituye una cuestión tan rica en peculiaridades posesorias que requeriría un estudio separado que abarcara toda la compleja problemática que suscita. Nosotros, sin embargo, nos vamos a ocupar de la interversión de una manera interesada, destacando, sobre todo, aquellos aspectos que mejor evidencian la significación de la situación de concurrencia de posesiones. En particular, nos centraremos en los supuestos de interversión que significan lesión de la posesión superior o mediata (art. 463 del CC).

Desde siempre se ha visto con cautela el cambio o interversión de la tenencia de la cosa en un concepto limitado a la posesión de la

⁷⁸ Algunos autores, sin embargo, restringen significativamente el ámbito de aplicación del artículo 463, limitándolo a los casos en que el tenedor se extralimita en el ejercicio de su condición posesoria, pero sin llegar a negar o contradecir frontalmente la posesión superior o mediata. Los casos de interversión posesoria propiamente entendida se reconducen al ámbito del artículo 460.4.º del CC. En esta línea se diversifican las consecuencias de la actuación lesiva del tenedor. Si la extralimitación consiste en un mero ejercicio abusivo de la condición de tenedor, se aplica la consecuencia prevista en el artículo 463: dicha extralimitación «no obliga ni perjudica al dueño». Si, por el contrario, el tenedor comienza a poseer como dueño (interversión posesoria), el supuesto se reconduce al ámbito del artículo 460.4.º, que admite la consolidación del cambio posesorio, cuando concurren ciertos requisitos. *Vid.*, en este sentido, DE LA CÁMARA, *La adquisición a non domino de bienes muebles (nuevo estudio sobre el art. 464.1 del Código Civil)*, Madrid, 1982, pp. 259-260 y 265 y ss.

misma en concepto de dueño, porque ello lleva implícito importantes consecuencias, por los efectos que se atribuyen a la posesión en concepto de dueño, en particular la posibilidad de adquirir la propiedad mediante usucapión. Se defraudarían las expectativas de quien confía la cosa a otro sujeto en un concepto limitado, si este último pudiera modificar unilateralmente el concepto posesorio mediante un simple cambio de intención y convertirse, con facilidad, en poseedor en concepto de dueño, beneficiándose, en tal condición, de la usucapión. En esto reside, fundamentalmente, el peligro del cambio de concepto; y de ahí los requisitos que, a modo de precaución, se exigen para que la interversión posesoria tenga lugar ⁷⁹.

Precisamente para atenuar en lo posible estos peligros, surgió en el Derecho romano la regla «*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*» (D. 41, 3, 33). La modificación de la causa de la posesión —de la condición posesoria— no depende, pues, de la voluntad del poseedor ⁸⁰. La originaria proyección de la regla fue impedir la *usucapio pro herede* lucrativa a aquellas personas que tenían la cosa antes de la herencia sin título adecuado para usucapir. Éste es el caso del colono que carece de legitimación para usucapir, porque, antes de la herencia, poseía sin *iusta causa*. Pero, si, por ejemplo, una vez muerto el dueño, el colono compra el fundo a un tercero a quien él tiene por heredero o por «*bonorum possessor*», comenzará a poseer *pro emptore*, sobre la base de una justa causa o título hábil para adquirir el dominio mediante usucapión. Esto es, la interversión del concepto posesorio ha de fundamentarse en un principio formal o título.

Con el tiempo, la *usucapio pro herede* fue abolida, pero se mantuvo la regla enunciada con una operatividad genérica para impedir que el sujeto que venía poseyendo la cosa sin una causa justa que legitimase la adquisición del dominio (situación de colonato, depósito, camodato...), cambiase sólo *animus* este concepto limitado por otro concepto apto para usucapir. Nadie, por sí mismo, puede cambiar el concepto de su posesión. Cualquier mutación posesoria ha de fundamentarse en un nuevo título, cualificado como *iusta causa* (*pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato, pro soluto, pro derelicto, pro herede*). La regla persigue, en definitiva, impedir la adquisición de la propiedad de modo arbitrario.

⁷⁹ En este sentido, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, *cit.*, p. 340; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, *cit.*, p. 127; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, *cit.*, pp. 101 y ss.

⁸⁰ En general, sobre la naturaleza y función de la regla. *vid.* GÓMEZ ROYO, «Topos genéticos-históricos de la usucapio *pro herede*. La naturaleza de la institución y función de la regla *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* en la doctrina del Tribunal Supremo», *RGD* 1992, pp. 8020 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, *cit.*, p. 340.

En nuestro días, tanto el CC francés (art. 2238⁸¹) como el italiano (arts. 1141.2.º⁸² y 1164⁸³) establecen, entre los modos de interversión posesoria, la causa procedente de un tercero, que, de alguna manera, es un derivado o sucedáneo histórico del modo romano de organizar la interversión sobre la base de una «*iusta causa*».

La principal característica de la interversión por causa de tercero es que el cambio posesorio se apoya en un nuevo título, potencialmente apto para transmitir el dominio y, por tanto, hábil para fundamentar la mutación posesoria desde la posesión en un concepto limitado a la posesión en concepto dueño⁸⁴. El detentador que tiene la cosa en un concepto que implica meras facultades de conservación o disfrute obtiene de un tercero un nuevo título, que legitima y configura la posesión en concepto de dueño, dando un vuelco significativo a la condición posesoria. Naturalmente debe existir, con posterioridad, durante el desenvolvimiento de la posesión, una concordancia entre el *animus* y el *corpus* posesorio; esto es, concordancia entre la voluntad posesoria objetivada y concretada en el nuevo título y el comportamiento posesorio que, de hecho, se ejerce. Pero, realmente, el título ayuda, no sólo a configurar la posesión *ab initio* en un concepto dado, sino también a mantener la posesión en dicho concepto, sin mucho esfuerzo. Decimos esto porque para que el poseedor siga poseyendo en el concepto inicial, no se exige un ejercicio posesorio intensivo e inequívoco, materializado por una «constante» realización de actos «decididamente» dominicales. El ejercicio posesorio se relaja bastante, y más que un comportamiento positivo y cualificado, se requiere la no realización de actos que signifiquen «abandono» de la posesión. En fin, el título fundamenta la interversión del concepto posesorio y relaja significativamente la intensidad de la actuación posesoria necesaria para consolidar el cambio.

Todo ello significa que el sujeto que ha recibido la cosa en un concepto limitado se convierte en poseedor en concepto de dueño a través de un título procedente de un tercero. La interversión se deci-

⁸¹ Art. 2238: «*Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2236 et 2237 peuvent prescrire, si le titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire.*»

⁸² Art. 1141.2.º: «*Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finché il titolo non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale.*»

⁸³ Art. 1164: «*Chi ha il possesso corrispondente all'esercizio di un diritto reale su cosa altrui non può usucapire la proprietà della cosa stessa, se il titolo del suo possesso non è mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario. Il tempo necessario per l'usucapione decorre dalla data in cui il titolo del possesso è stato mutato.*»

⁸⁴ Vid. ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión posesoria...», cit., p. 46.

de, pues, entre el poseedor inmediato y el tercero, quedando fuera de juego el otro poseedor (poseedor mediato), que permanece ajeno al cambio posesorio. Con ello queda abierta la vía para el fraude de las legítimas expectativas (posesorias) de quien confía la cosa a otro sujeto en un concepto limitado.

Precisamente, la doctrina ha denunciado los peligros de esta forma de interversión, proponiendo requisitos —que la ley no establece— para proteger y garantizar de alguna manera la esfera posesoria del poseedor mediato frente a la actuación lesiva del otro poseedor. Se ha dicho así que el cambio de concepto no tiene lugar si el poseedor que recibe el nuevo título actúa de mala fe o si el negocio es simulado⁸⁵. Otros requieren, incluso, un hecho de contradicción frente al poseedor superior, que venga a demostrar indudable y enérgicamente el nuevo carácter de la posesión. Pero, entonces, la interversión a través del título no sería más que una manifestación particular de interversión por contradicción, que es la otra forma de cambio en el concepto posesoria admitido en los Códigos francés e italiano.

En efecto, en la contradicción, el propio comportamiento del tenedor de la cosa en un concepto limitado fundamenta el cambio de concepto, porque se realizan actos inequívocamente dominicales que manifiestan, por sí mismos, que la voluntad posesoria ya no se corresponde con la posesión limitada. Se produce un cambio significativo en la forma de poseer, que implica una nueva intención o *animus* posesorio, contrario al *animus* inicial, objetivado en el título de adquisición de la posesión.

En fin, en los Ordenamientos francés y italiano se reconocen dos procedimientos de interversión: uno se fundamenta en la legitimación formal procedente de un nuevo título y el otro en la facticidad del cambio que se actúa por el comportamiento posesorio.

En términos muy parecidos regula la cuestión el Proyecto de CC de 1851 en el artículo 1948: «*El que tiene ó posee la cosa en nombre de otro y sus herederos, no puede jamás prescribirla, á menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, ó por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario*». Pero, finalmente el CC rompe con el sistema francés e italiano y regula la interversión posesoria de una manera particular.

Por una parte, el artículo 436 del CC establece la presunción general de que la posesión se sigue disfrutando en el mismo con-

⁸⁵ Sobre el particular, *vid.* GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1974; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, *cit.*, p. 352; ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión...», *cit.*, p. 47.

cepto en que se inició, salvo prueba en contrario. Existe, por consiguiente, una inercia jurídica en la continuidad del concepto posesorio. Cualquier cambio en el concepto ha de probarse. Esto, ya de por sí, no facilita en absoluto las cosas al tenedor en un concepto limitado que alega la interversión a los efectos, por ejemplo, de la usucapión.

Además, el artículo 463 del CC establece la regla de la ineficacia posesoria de la actuación extralimitada del tenedor: *«los actos relativos a la posesión ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificar con posterioridad»*. Esto dificulta todavía más la interversión. Incluso, de los términos del artículo 463 del CC, parece desprenderse, a primera vista, la imposibilidad de que el tenedor cambie su condición posesoria, en perjuicio de quien venía poseyendo como dueño. Expresiones tan definitivas como «no obligan» «ni perjudican» conducen a conclusiones tajantes. No puede ser ésta, sin embargo, la interpretación del precepto, sobre todo, cuando el artículo 436 deja abierta la posibilidad de alegar y probar la interversión del concepto posesorio.

Creemos que el artículo 463 lo que trata de evitar es que la interversión posesoria se fundamente exclusivamente en un título o principio formal de legitimación posesoria. De la *ratio* del precepto se deduce un trato de favor hacia el poseedor que venía poseyendo en concepto de dueño, cuya participación es decisiva en cualquier modificación de la relación originaria entre poseedores. El consentimiento del poseedor mediato constituye, en general, el fundamento de la legitimación posesoria del poseedor inmediato. Y, así, la pugna entre el título que configura y legitima la relación originaria entre poseedores y el nuevo título que procede de un tercero, con vocación de incidir y mutar la relación posesoria originaria, en perjuicio del poseedor superior se ha de decidir por la primacía del título originario. Los actos relativos a la posesión que no sean consentidos por el propio poseedor en concepto de dueño no le obligan ni perjudican su esfera posesoria. Luego, el título procedente de un tercero no puede fundamentar el cambio de concepto del tenedor, porque entonces la interversión es totalmente ajena a la voluntad del poseedor superior, especialmente protegido por el artículo 463.

A mayor abundamiento apoya esta solución la propia inercia de las situaciones posesorias preexistentes, presuntivamente establecida en el artículo 436 del CC.

En fin, de todo ello parece deducirse que, en nuestro Ordenamiento, no basta un mero título formal procedente de un tercero para propiciar la interversión posesoria. Para que se produzca el cambio en la relación posesoria originaria hace falta una «fuerza motriz» mucho más cualificada posesoriamente: la contradicción o pugna fáctica entre posesiones, expresamente consagrada como una causa de pérdida de la posesión por despojo en el artículo 460.4.º del CC. Por encima de la legitimación formal representada por el título que fundamenta la originaria relación posesoria, termina por imponerse la fuerza arrolladora de la nueva situación de poder que, de hecho, se ejerce sobre la cosa; y ello aunque dicha situación haya sido ganada de forma viciosa, en cuanto lesiva de la posesión anterior. Como dice Morales Moreno, se impone el carácter fáctico de la posesión ⁸⁶.

En este contexto hay que interpretar el artículo 463, que, desde luego, no puede ser concebido como una panacea frente a cualquier actuación lesiva de los intereses del poseedor en concepto de dueño. La ratio protectora del artículo respecto al poseedor en concepto de dueño ha de entenderse limitada por las características generales del sistema posesorio, en el que se admite una legítima lucha «fáctica» entre poseedores, poniéndose a disposición del despojado medios para defender su originaria situación posesoria frente al ataque de otro sujeto (art. 436 en relación con los arts. 460.4.º, 444 y concordantes del CC ⁸⁷). En concreto, consideramos que el tenedor puede «ganar» el concepto de dueño a través de un comportamiento posesorio «inequívocamente» dominical que, por sí mismo, implique la negación de la posesión superior concurrente. La interversión posesoria es, entonces, una cuestión fáctica y no una cuestión meramente «titulada». Esta nueva forma de poseer también implica una nueva voluntad posesoria. Pero se trata de una voluntad sustentada en una base de hecho y no meramente formal.

El conflicto entre posesiones concurrentes se ha planteado, pues, en los términos del artículo 460.4.º del CC ⁸⁸. El tenedor de la cosa en

⁸⁶ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 104.

⁸⁷ En un sentido parecido, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 104; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 134; VALLET, «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa...», cit., p. 44.

⁸⁸ En estos términos plantean también la cuestión, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 104 y MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 134. En contra de esta opinión, HERNÁNDEZ GIL (*La posesión...*, cit., p. 348) considera que, en los casos de interversión por contradicción, el conflicto entre posesiones no tiene encaje en el artículo 460.4.º, al entender que la modificación posesoria no es ajena al poseedor superior: no se puede decir que se produzca sin o contra su voluntad porque ha existido un acto obstativo contra él. Nosotros, sin embargo, sólo alcanzamos a distinguir dos grandes supuestos de interversión posesoria: si es consentida, es un acto con plena eficacia en la esfera posesoria del poseedor que consiente (artículo 463 en relación con el artículo 460.2.º del Código Civil). Y si no es consentida (sin o contra la voluntad) es un acto de des-

un concepto limitado, invade, de hecho, la esfera posesorio del poseedor en concepto de dueño, ejecutando actos dominicales, sin legitimación para ello: sin o contra la voluntad del poseedor en concepto de dueño. Y si este estado de cosas se mantiene durante un año, el sujeto que tenía la posesión como dueño pierde su condición posesoria y la adquiere el contradictor. Pero ha sido una lucha entre posesiones de alguna manera «justa», porque el sujeto despojado del goce pacífico de su posesión tiene a su alcance mecanismos de defensa:

a) De una parte, el artículo 444 del CC garantiza la cognoscibilidad del ataque posesorio. Según el precepto, los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa no afectan a la posesión. Por consiguiente, los actos de contradicción han de llegar, o han debido llegar, según el criterio de una razonable diligencia posesoria, hasta el poseedor despojado. Sin este conocimiento o cognoscibilidad objetiva no afectan a la posesión; en concreto, no corre el plazo del año interdictal del que dispone el poseedor lesionado para defender la preexistente situación posesoria. Además, este trato de favor hacia la posesión lesionada se refiere a cualquier supuesto de pérdida de la posesión sin o contra la voluntad del poseedor. Se establece una protección generalizada, frente tanto al ataque de un tercero como a la actuación extralimitada del poseedor concurrente ⁸⁹. Sobre estos presupuestos, la cuestión de la interversión constituye una cuestión entre los poseedores interesados (poseedor despojado y despojante), en relación a los cuales han de valorarse la modificación posesoria y sus requisitos ⁹⁰. Los actos en que se materialice la interversión posesoria no solamente han de ser públicos en el sentido exigido para la usucapión. Han de ser actos «contra» o «frente» al poseedor mediato ⁹¹. Porque, insistimos, la interversión es una cuestión entre poseedores concurrentes.

pojo: una lesión de la posesión ajena (artículo 463 en relación con el artículo 460.4.º del CC). Pero no alcanzamos a distinguir una categoría con entidad propia basada en el acto obstativo. La interversión por contradicción o por acto obstativo es una actuación ajena a la voluntad del poseedor mediato que no consiente la modificación posesoria, y, por tanto, constituye una lesión posesoria con pleno encaje en el artículo 460.4.º del CC (sin o contra la voluntad del poseedor).

⁸⁹ Así, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 106; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 134. Por el contrario, ATAZ LÓPEZ («Sobre la interversión...», cit., p. 58) considera que el artículo 444 está pensando en el supuesto en que un tercero clandestinamente se apodera de la cosa que antes no tenía; esto es, que la clandestinidad se refiere sólo al instante de adquirir la posesión como hecho. En consecuencia no aplica el requisito de clandestinidad al supuesto de interversión posesoria, en cuanto que el tenedor ya tenía la cosa en su poder.

⁹⁰ Vid. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 258.

⁹¹ En contra, DE LA CÁMARA (*La adquisición a non domino...*, cit., p. 272) quien considera que, a los efectos de la interversión posesoria, un acto no clandestino afecta a la posesión aunque se haya realizado sin conocimiento del poseedor.

b) A partir del acto de despojo –de su conocimiento efectivo o potencial–, el sujeto lesionado en su originaria situación posesoria dispone del plazo de un año para ejercer la defensa interdictal (art. 460.4.º del CC en relación con el art. 1653 de la LEC) y, de este modo, salvaguardar o, en su caso, recuperar su posesión, evitando con ello que se consolide el despojo posesorio. El período del año interdictal constituye una etapa de pendencia posesoria bastante peculiar: el sujeto despojado no sólo dispone de la defensa interdictal; además, mantiene su condición posesoria con una fuerza latente para el caso de que recupere, conforme a derecho, a través de los interdictos, la posesión indebidamente perdida (art. 466 del CC). En este sentido hay que entender que, durante el periodo intermedio entre la lesión y la recuperación interdictal de la posesión, el despojado ha continuado usucapiendo, beneficiándose a tales efectos de la posesión ejercida por el usurpador.

Por su parte, el usurpador –durante el año interdictal– tiene una posesión viciosa en cuanto que ha sido ganada sin o contra la voluntad del anterior poseedor. Aunque no haya mediado violencia material, la interversión posesoria constituye un atentado contra la posesión. Es un acto de despojo ⁹² o, si se prefiere, una actuación lesiva. La subsanación de este vicio requiere el transcurso de un año; y mientras tanto el despojante no podrá usucapir. Es decir, el tiempo exigido para usucapir se empieza a contar a partir del año ⁹³. En relación a la usucapión, se exige positivamente que la posesión sea «pacífica»; y no es pacífica aquélla que en su origen lesiona la posesión anterior. De la *ratio* de numerosos preceptos del CC se desprende un trato de desfavor hacia toda actuación contraria a la voluntad del poseedor. Particularmente, en la regulación de los modos de adquirir y perder la posesión (arts. 441, 444, 460.4.º, 463 del CC), la voluntariedad aflora por doquier. En este contexto, debe vetarse la posibilidad de usucapir a la posesión obtenida sin o contra la voluntad del anterior poseedor, porque, hasta que no transcurra el año interdictal, el vicio posesorio está latente y existe la posibilidad de impugnar la nueva posesión. Sólo cuando se cierre la posibilidad de impugnación por el transcurso del año interdictal, la nueva situación posesoria quedará conso-

⁹² Vid. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 103; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, cit., p. 347; ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión...», cit., p. 50.

⁹³ Sin embargo, autorizada doctrina opina que, si la nueva situación posesoria se consolida, el tiempo de la usucapión se empieza a contar retroactivamente desde que se inició la interversión o la usurpación, vid. VALLET, «La concurrencia de posesiones...», cit., p. 81; GARCÍA VALDECASAS, «La posesión incorporal del despojado y la posesión del año», *RDP* 1946, p. 423.

lidada y, si se prefiere, «sanada». Consideramos, pues, que la posesión *ad usucapionem* ha de ser una posesión especialmente cualificada y, desde luego, no viciosa, en cuanto lesiva de la posesión anterior. Y, por tanto, mientras potencialmente subsista el vicio, esto es, mientras que subsista la posibilidad de impugnación, la posesión no adquiere la cualificación requerida para usucapir⁹⁴. Y no se objete al respecto que los plazos legales de la prescripción extraordinaria son treinta años en materia de bienes inmuebles y seis años en materia de bienes muebles; y no treinta y uno y siete, respectivamente, por la suma del año de «purga» del vicio. Porque, evidentemente, el plazo de prescripción no empieza a contar hasta que la posesión no reúne la cualificación adecuada⁹⁵. Y la posesión no es pacífica *ex* artículo 1941 del CC hasta que no transcurre el año de impugnación. Tampoco se diga que la posesión viciosa es una posesión *ad interdicta* y que, por lo mismo, será también una posesión *ad usucapionem*. Se conceden los interdictos para evitar precisamente una nueva lesión posesoria y no por razones de cualificación posesorio, que son las que importan a los efectos de la usucapión. Existe, pues, latente un principio de disfavor hacia la actuación posesoria lesiva o viciosa, que, en concreto, no surte efectos *ad usucapionem*, hasta la purga del vicio. Y si la posesión lesiva de otra posesión anterior goza de la tutela interdictal es justamente en prevención de otras situaciones posesorias lesivas.

En razón a todo ello, el poseedor mediato tiene garantizada una buena línea de defensa frente al ataque procedente del poseedor inmediato. La actuación extralimitada del «tenedor» de la cosa no es en principio oponible al poseedor mediato; no le obliga ni le perjudica. Para que esta extralimitación alcance a perjudicar a la otra posesión concurrente han de cumplimentarse toda una serie de requisitos que actúan a modo de red de seguridad de los intereses de quien ha confiado la cosa a otro sujeto en un concepto limitado. La «intervención» del concepto de tenedor en concepto de dueño constituye una verdadera odisea posesoria. La conversión de la tenencia limitada en un comportamiento inequívocamente dominical abre fuego en la línea de ataques. Pero después la batalla posesoria puede decidirse en un sentido o en otro, dependiendo, sobre todo, de la reacción del poseedor lesionado, que, sobre la base de la tutela interdictal, puede volver a poner las cosas –las respectivas situaciones posesorias– en su sitio.

⁹⁴ En un sentido parecido, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 338.

⁹⁵ Aplíquese el mismo razonamiento en relación a los plazos de la prescripción ordinaria.

2.2 Lesión de la posesión mediata por actos «consentidos» por el tenedor: cesión de la posesión a un tercero

A continuación vamos a dar un paso más en la materia, y nos ocuparemos de los supuestos en que el tenedor cede la cosa a un tercero en virtud de un título que implica posesión en concepto de dueño; por ejemplo la vende, que es el caso más representativo. Entonces, el conflicto trasciende la relación entre poseedores concurrentes, y aparece en escena un tercer poseedor. Precisando más, la pugna posesoria se desarrollará entre el poseedor mediato, que defenderá su originaria condición de poseedor en concepto de dueño y el tercero que, por su parte, defenderá la misma condición posesoria recibida «*pro emptore*» del tenedor. Y particularizando todavía más, la cuestión problemática consiste en determinar si el tercero adquiere automáticamente la condición de poseedor en concepto de dueño sobre la base del título dominical recibido del tenedor y, por tanto, puede empezar a usucapir desde ya. O si, por el contrario, se protege como antes la situación del poseedor mediato que, por ahora, no resulta perjudicado ni obligado por los actos lesivos «consentidos» por el tenedor; particularmente no le afectan a los efectos de la usucapión. El tercero no adquiere derivativamente del tenedor la posesión, sino que deberá conseguirla él mismo frente al poseedor mediato, según lo previsto en el artículo 460.4.º del CC y concordantes. Las reglas de juego son, entonces, las mismas que las que se aplican a la interversión posesoria propiamente dicha.

Del artículo 463 se deduce un trato de favor hacia el poseedor mediato también en los casos en que el tenedor consiente en relación a terceros, actos lesivos para aquella posesión. Los términos empleados en el precepto y el «ambiente» general en que se mueve hacen pensar, sobre todo, en la extralimitación del tenedor que consiste en la entrega de la cosa a un tercero en virtud de un título que implica posesión en concepto de dueño. Según el artículo 463, este acto de cesión posesoria «consentido» por el tenedor no obliga ni perjudica al dueño; no lo vincula ni afecta su esfera posesoria. En otras palabras, ineficacia posesoria de la actuación extralimitada: el tenedor no «transmite» posesión y, por lo mismo, el tercero no adquiere derivativamente la posesión. Esto es, recibe sólo la tenencia de la cosa, lo que le permite accionar en su caso la tutela interdictal. Pero por lo que se refiere a la usucapión, el tercero no adquiere derivativamente la posesión en concepto de dueño. Y a estos efectos, el poseedor mediato «conserva», *por ahora*, su originaria condición.

Y todo ello está en relación con la regla de respeto recíproco que rige la relación entre poseedores que, aunque en conceptos diferen-

tes, ejercen su posesión sobre la misma cosa. Cada una de las posesiones concurrentes tiene una esfera de legitimación posesoria característica, un particular ámbito de actuación. Cada esfera es, pues, terreno exclusivo de los respectivos poseedores y, sobre el respeto mutuo, se construye y articula la relación de «convivencia». Por tanto, y aquí es donde engarza lo dispuesto en el artículo 463, el poseedor sólo puede actuar con «eficacia» en su ámbito. Pero no puede actuar ni disponer de la esfera posesoria «ajena» sino concurre la voluntad (previo consentimiento o posterior ratificación «legitimadora» ⁹⁶) del poseedor afectado. En definitiva, la legitimación en el sentido de que el acto (posesorio) realizado debe fundamentarse en la voluntad «apropiada» actúa como presupuesto de eficacia de dicho acto. Al menos, en un primer momento, la actuación extralimitada es ineficaz. Y esto es, en resumidas cuentas, lo que viene a decir el artículo 463 del CC.

La misma lógica subyace en los artículos 460.2.º y 460.4.º del CC. Para que exista *accessio possessionis*, es decir, relación de causalidad entre la pérdida de la posesión por el antiguo poseedor y la adquisición por el nuevo; en definitiva, para que exista adquisición derivativa, la cesión de la posesión debe fundamentarse en la voluntad del «antiguo poseedor» (art. 460.2.º). Si no concurre esta voluntad, no existe relación causal entre una posesión y otra: el poseedor afectado no pierde automáticamente su posesión y el sujeto que tiene en su poder la cosa no adquiere sin más la posesión que el otro pierde. Entonces, la cuestión de la adquisición y pérdida de la posesión discurre por otros cauces (arts. 460.4.º, 444, 446...).

Y esta lógica «causalista» o «derivativa» nos conduce al conocido axioma de que: «nadie puede dar lo que no tiene», ni, por tanto, la posesión de lo que no posee. El concepto en que tiene la posesión el *tradens* es importante puesto que el *accipiens* no puede obtenerla en un concepto más amplio que la de aquél. El tenedor de la cosa en un concepto limitado no puede transmitir a un tercero la posesión en concepto de dueño porque no la tiene ⁹⁷.

⁹⁶ El término ratificación no está utilizado en su sentido técnico propio de la teoría representativa, sino con el significado de principio de legitimación a posterior de la actuación del tenedor.

⁹⁷ Vid. en este sentido, VALLET, «La concurrencia...», *cit.*, pp. 55 y ss. y p. 85. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, *cit.*, p. 279; BADOSA COLL (*Justo título...*, *cit.*, pp. 670-671) distingue entre dos supuestos: si el *tradens* no tenía posesión alguna (no tenía *ius possessionis*, según la terminología empleada por Badosa) —ni siquiera la tenencia de la cosa en un concepto limitado (posesión inmediata)— no transmite posesión alguna: «porque no tenía posesión». Pero en el caso de que el *tradens* tuviese la cosa en su poder en un concepto limitado y la entrega a un tercero sobre la base de un título que implica posesión en concepto de dueño, entonces sí se produce la adquisición de la posesión en este concepto. Según Badosa, en tal supuesto, se realiza la transmisión porque el tenedor al ceder la cosa

Después de todo ello, podemos afirmar que, en general, en el sistema del Código Civil, la pugna posesoria entre el poseedor mediano y el tercer poseedor se decide en favor del primero. El tenedor que cede la cosa a un tercero en virtud de un título que implica posesión en concepto de dueño no transmite esta condición posesoria, porque no tiene «legitimación». Será el propio tercero quien tenga que conseguirla según las reglas de juego de los artículos 460.4.º, 444, 446 y concordantes. En particular, interesa destacar dos aspectos de esta batalla por la posesión a los que ya nos hemos referido en relación con la interversión posesoria:

En primer lugar, cabe resaltar la cuestión de la «oponibilidad» de la nueva posesión al anterior poseedor (art. 460.4.º en relación con el artículo 444). Al menos es necesario que exista una «cognoscibilidad» objetiva; es decir que se produzca una actuación posesoria lo suficientemente relevante como para que el poseedor mediano pueda reconocer con criterios de normalidad la nueva posesión. Y, además, destacaremos la cuestión del plazo del año que ha de transcurrir para que la nueva posesión –viciada en su origen en cuanto lesiva de la posesión anterior– se consolide como una posesión pacífica (art. 1941), cualificada ad usucapionem. Sólo a partir del año de «purga» empieza a contar el plazo de tiempo de la usucapión.

En suma, el tercero no adquiere derivativamente la posesión; ha de ganársela él mismo, viéndose las caras con el originario poseedor en concepto de dueño. O, visto el problema desde la otra cara de la moneda, la protección de la posesión lesionada tiene alcance real, frente a todos; también frente al tercer poseedor que, de buena fe, recibe la cosa sobre la base de un título que implica posesión en concepto de dueño. En principio, la actuación extralimitada del tenedor de la cosa no afecta al poseedor mediano y, por tanto, el tercero que recibe de él la cosa no adquiere la posesión. Para ello, para que la «nueva» posesión afecte la esfera del poseedor mediano, el tercero tendrá que poseer la cosa con arreglo a los requisitos exigidos para su «cualificación» posesoria. Sin estos requisitos, no adquiere la posesión; en concreto, no adquiere la condición posesoria requerida para usucapir. Ésta es la conclusión que se deduce del sistema general de la posesión (arts. 446, 460.4.º, 444, y concordantes del CC),

adquiere una nueva condición posesoria: la posesión en concepto de dueño; que será la misma que transmita al tercero. A nuestro entender, sin embargo, la interversión no se produce sin más por este acto de cesión posesoria extralimitado. Bien es verdad que con ello el tenedor está negando la posesión mediata y arrogándose la condición de dueño; o, mejor dicho, está actuando como dueño, más allá del concepto limitado de su tenencia. Pero además, y como hemos tenido ocasión de analizar ya en el texto, han de concurrir otros requisitos objetivos y temporales (arts. 460.4.º, 444, 446...), sin los cuales la conversión posesoria no se puede tener por lograda.

particularizada además en el artículo 463. Esta solución rompe, sin embargo, con la tradición de nuestro entorno jurídico y con los antecedentes históricos más próximos (Proyecto de CC de 1851).

En efecto, tanto en Francia como en Italia se establece un principio de adquisición extraordinaria que protege especialmente al tercer poseedor a título singular. Mientras el poseedor a título universal de un poseedor que tiene la cosa en un concepto limitado no puede prescribir salvo interversión del título, el sucesor a título singular puede prescribir desde ya, no obstante el concepto limitado de la posesión de su causante. En el primer caso, en la adquisición a título universal, rige el principio de sucesión en la posesión: el *tradens* no transmite más posesión que la que tiene; y, por tanto, el tercero adquiere la posesión en el mismo concepto limitado que su causante. Incluso en materia de *successio possessionis* se puede hablar de sustitución en la posesión o subrogación en la situación posesoria. Por consiguiente, el concepto limitado de la posesión del causante se continúa en el heredero, y en esta condición limitada no cabe la prescripción del dominio. A tales efectos, se requiere la mutación del concepto limitado en concepto de dueño, bien sobre la base de un título procedente de tercero bien por contradicción. En cambio, en la transmisión a título particular, se establece una excepción significativa al principio causalista. El título de adquisición de la posesión fundamenta y legitima la nueva posesión del tercero y el concepto de la misma. Sobre la base de este título, el tercero tiene la condición posesoria apta para prescribir, aunque la posesión de su causante fuese en un concepto limitado. Ésta es la solución consagrada en los artículos 2236, 2237 y 2238 del CC francés⁹⁸; y en el artículo 1141.2.º del CC italiano⁹⁹. Y asimismo en el proyecto de 1851 (art. 1948¹⁰⁰). En todos estos textos legales, el tenedor de la cosa en un concepto limitado no puede prescribir, ni tampoco sus herederos (sucesión posesoria a título universal), sal-

⁹⁸ Art. 2236: «Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais para quelque laps de temps que ce soit.

Ainsi, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier, et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire».

Art. 2237: «Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent ne peuvent non plus prescrire».

Art. 2238: «Néanmoins, les personnes énoncées dans les articles 2236 y 2237 peuvent prescrire, si les titre de leur possession se trouve interverti, soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction qu'elles ont opposée au droit du propriétaire».

⁹⁹ Art. 1141.2.º: «Se alcuno ha cominciato ad avere la detenzione, non può acquistare il possesso finchè il titolo non venga a essere mutato per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il possessore. Ciò vale anche per i successori a titolo universale».

¹⁰⁰ «El que tiene ó posee la cosa en nombre de otro y sus herederos, no puede jamás prescribirla, á menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, ó por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario».

vo la interversión del concepto. Pero, por defecto –como no está incluido en el ámbito de estos preceptos–, el tercer poseedor a título singular recibe un trato «extraordinario» y puede prescribir desde que tiene la cosa a título particular.

El CC –como hemos visto– se aparta de estos planteamientos y adopta, en general, una postura causalista, incluso en el caso de la *accessio possessionis*. El tercero adquiere la misma condición posesoria que su causante: «*nadie puede transmitir más posesión que la que tiene*»; y, por consiguiente, si el *tradens* poseía en un concepto limitado, el tercero no puede prescribir, salvo que «adquiera» la posesión según las reglas de los artículos 460.4.º, 444, 446...

La doctrina ha hecho importantes esfuerzos por superar esta construcción causalista. En esta línea, se alega un principio general de protección de los terceros de buena fe, que se concreta en materia de adquisición de la posesión¹⁰¹. Así se ha dicho que el tercer poseedor que recibe la cosa en concepto de dueño (por ejemplo, *pro emptore*) del tenedor en un concepto limitado merece ser protegido en su adquisición posesoria; y puede prescribir porque tiene la cualificación requerida sobre la base de un principio de legitimación extraordinaria. No es que reciba propiamente del tenedor la posesión en concepto de dueño (adquisición derivativa), es que la adquiere él mismo de forma especial –extraordinaria–, con fundamento en un principio general de protección de los terceros de buena fe. Quiebra, pues, la cadena causal. El conflicto entre el originario poseedor en concepto de dueño y el tercer poseedor que recibe del tenedor la posesión en este mismo concepto se decide en favor de la «nueva» posesión.

En concreto, esta *ratio* de favor hacia el tercer poseedor se fundamenta en el artículo 442 del CC y en el artículo 464. Pero, a nuestro entender, ni uno ni otro encierran las claves de un principio de legitimación extraordinaria, o mejor dicho, de adquisición extraordinaria, en materia de posesión. Fundamentalmente por las razones que vamos a exponer a continuación.

Empecemos por el artículo 442. Este precepto establecería, en todo caso, una excepción al principio causalista respecto a la sucesión a título hereditario¹⁰². Una solución en este sentido sorprende, sobre todo, cuando en nuestro entorno jurídico y en los antecedentes históricos se mantiene justamente el principio de la continuidad posesoria en el ámbito de la sucesión a título universal. Y en nuestro actual contexto jurídico, la opinión doctrinal mayoritaria también respeta la

¹⁰¹ Vid. en esta línea de pensamiento, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 340; DE LOS MOZOS, *Del principio de la buena fe (sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español)*, Barcelona, 1965, p. 229.

¹⁰² Así lo entiende, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión...*, cit., p. 340.

tradición en este ámbito, estimando que el heredero se subroga en la situación posesoria de su causante. Desde esta perspectiva de continuidad, el heredero o sucesor a título universal del autor de una perturbación o despojo posesoria está legitimado pasivamente para soportar los interdictos ¹⁰³; al fin y al cabo, existe «continuidad» en la posesión. También con unos planteamientos de continuidad posesoria se ha interpretado el artículo 442 como una derogación muy específica de la sucesión en la posesión que sólo se refiere a la buena fe, sin derogar por lo demás el principio de *successio possessionis*. En efecto, aunque la proposición primera de la norma se inicia con gran amplitud —«no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante»—, doctrina y jurisprudencia han reconducido la interpretación del precepto exclusivamente a los límites y beneficios de la buena fe. Como dice Martín Pérez, es sólo de las consecuencias del «conocimiento» de los vicios y no de los vicios mismos de lo que el heredero queda exento. Esta derogación del principio de continuidad entre la posesión del causante y la del heredero se explica desde la caracterización de la buena fe como un estado psicológico del poseedor; y, por lo mismo, cambiante. Este estado puede cambiar en el poseedor (art. 435 del CC) y, desde luego, puede cambiar de un poseedor a otro. Mejor dicho, más que cambiar, es un estado propio de cada poseedor. Derogación, por tanto, del principio de continuidad de la posesión del causante por el heredero; pero no porque el legislador haya querido establecer un principio de legitimación extraordinaria en favor del heredero, sino como consecuencia de la propia caracterización de la buena fe (art. 435) ¹⁰⁴.

En materia de bienes muebles, el artículo 464 del CC ha sido alegado también para sustentar un «trato de favor» hacia el tercer poseedor que recibe la cosa del tenedor en un concepto limitado, pero sobre la base de un título que implica posesión en concepto de dueño ¹⁰⁵. En este sentido se ha dicho: protejamos especialmente en su «adquisición posesoria» al tercer poseedor de buena fe; que el origi-

¹⁰³ Así se manifiestan DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión...*, cit., pp. 246 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, Madrid, 1958, p. 178; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, cit., 748-749; GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, cit., p. 81. En contra de la legitimación pasiva contra el heredero de buena fe, DE LA CÁMARA, *La adquisición a non domino...*, cit., pp. 280 y ss. Entiende DE LA CÁMARA que el heredero de buena fe está protegido sobre la base del artículo 442 y, por tanto, queda excluida la legitimación interdictal contra él. A nuestro entender —como se ha justificado en el texto—, el artículo 442 rompe la continuidad entre la posesión del causante y la del heredero sólo en relación a la buena fe.

¹⁰⁴ Vid., en el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil...*, cit., pp. 239-243.

¹⁰⁵ Así, MORALES MORENO, *Posesión y usucapación...*, cit., p. 340; DE LA CÁMARA, *La adquisición a non domino...*, cit., p. 293; GARCÍA VALDECASAS, *La posesión...*, cit., p. 81; también, aunque de «soslayo», MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles...*, cit., p. 444.

nario poseedor en concepto de dueño no pueda reclamar posesión alguna frente a él. Porque existe un principio general de protección extraordinaria –especial– en favor del tercer poseedor de buena fe en materia de bienes muebles, deducible del artículo 464 del CC. Desde luego, esta artículo está mucho más próximo a un principio de estas características que el artículo 442. Pero a pesar de la proximidad, las cosas no están del todo claras en la materia. En realidad, tener las cosas claras respecto al artículo 464, con apoyo en argumentos «definitivos», es una hazaña lograda sólo por unos pocos; y quizás más bien lo que se haya conseguido, en general, son interpretaciones «posibles» del precepto.

Conocidas son las variadas interpretaciones doctrinales sobre el alcance de la equivalencia que establece el artículo 464 entre la adquisición de la posesión de buena fe y el título. Las hay de todos los colores: desde una interpretación en clave estrictamente posesoria a los efectos de la usucapión hasta llegar al terreno de la reivindicación de la propiedad mobiliaria, o incluso, hasta la adquisición a *non domino* de la misma. A nosotros, por el alcance limitado de este trabajo, nos toca analizar el alcance y consecuencias del precepto en materia de usucapión. No obstante nos aproximaremos también a las otras cuestiones «extraposesorias», buscando ante todo líneas maestras que marquen pautas a seguir, operativas o con efecto reflejo, también en los aspectos «netamente» posesorios.

Cualquiera que sea el significado que se otorgue a las expresiones «pérdida» o «privación ilegal» a los efectos de la adquisición mobiliaria *ex* artículo 464 del CC, siempre queda un campo de actuación de la usucapión mobiliaria, más o menos amplio según se interpreten estos términos en un sentido o en otro. Pero allí donde se puede identificar –con unos criterios u otros– un caso de «pérdida» o de «privación ilegal», el tercero no adquiere la propiedad y para fundamentar en derecho su relación posesoria habrá que acudir a la usucapión. Y justamente en materia de usucapión, el alcance que se ha dado a la equivalencia entre la posesión y el título (art. 464 en relación con el art. 1955) no implica un principio de legitimación extraordinaria en favor del poseedor de bienes muebles, sino más bien un trato de igualdad con respecto al poseedor de bienes inmuebles. La usucapión ordinaria actúa sobre el presupuestos de la existencia de un «justo título» válido (aunque ineficaz) que debe probarse (arts. 1952, 1953, 1954...). Y en el campo probatorio tiene una mejor situación el poseedor de bienes inmuebles porque normalmente las transmisiones de estos bienes se recogen en documentos, que constituyen pruebas preconstituidas. En cambio, la transmisión de bienes muebles suele ser verbal y la entrega de la cosa manual, y rara vez es expresada en documentos. Precisamente

para facilitar la cuestión de la prueba, se presume que el tercer poseedor de bienes muebles ha adquirido la cosa en virtud de un «justo título». La técnica presuntiva allana considerablemente el camino, aunque no cambia el trazado. Las reglas de juego de la adquisición y pérdida de la posesión siguen siendo, en esencia, las mismas en materia de bienes muebles e inmuebles. Esto es, no existe un principio de adquisición extraordinaria en favor del poseedor de bienes muebles; no se trata de que el tercer poseedor adquiera automáticamente la posesión en concepto de dueño a pesar del concepto limitado de la posesión del *tradens*. Las cosas sólo son distintas en materia de prueba del título a efectos de la usucapión ordinaria. Y a estos efectos, más que un trato privilegiado en favor del poseedor de bienes muebles, existe un intento de igualar su condición con la del poseedor de bienes inmuebles. Como el poseedor de bienes muebles no puede probar, pues se le facilita «presuntivamente» la prueba. Y así consigue probar, al igual que normalmente prueba el poseedor de bienes inmuebles. Qué quizá lo acertado hubiese sido otorgar un trato distinto al poseedor de bienes muebles en materia de adquisición y pérdida de la posesión; pues quizás. Ésta es la solución propugna la base 11 de la ley de 11 de mayo de 1888 cuando alude a las condiciones a que debe ajustarse la pérdida (y, por tanto, correlativamente también la adquisición) del derecho posesorio, según las diversas clases de bienes. Pero lo cierto es que esta solución no se reflejó al final en el CC donde existe homogeneidad en la forma de adquirir y perder la posesión de bienes muebles e inmuebles. Y el trato especial que se otorga al poseedor de bienes muebles en relación a la prueba del título *ad usucapionem* ordinaria no es un trato de favor sino de igualdad. Por aquí, por tanto, no encontramos las bases para sustentar un principio de legitimación extraordinaria en favor del tercer poseedor; a nivel argumentativo todavía estamos donde empezamos, el tercer poseedor que recibe la cosa del tenedor en un concepto limitado adquiere la posesión en concepto de dueño según las reglas generales; es decir, como resultado de la contienda reglada (arts. 460.4.º, 444, 446...) que mantiene con el originario poseedor en concepto de dueño (poseedor mediato), y no de forma «extraordinaria».

Más allá de lo estrictamente posesorio, en el campo ya de la reivindicación o adquisición mobiliaria, se ha intentado sustentar un principio de adquisición extraordinaria en favor del tercero de buena fe. Ahora se razona de más a menos: si se protege al tercero en la adquisición del dominio (art. 464 del CC), cuánto más no se le va a proteger en la adquisición de la posesión a los efectos de la usucapión. Bueno, pues, una cosa no lleva necesariamente a la

otra. Desde la lógica jurídica, cabe pensar distintas soluciones para cada supuesto. Se puede establecer un principio de especial de adquisición de la propiedad de los bienes muebles en los casos en que no existe «pérdida» ni «privación ilegal» (art. 464.1.º). Y, de otra parte, en los supuestos donde no se adquiere de esta forma extraordinaria, sino por prescripción –supuestos de pérdida y privación ilegal–, mantener la cuestión de la pérdida y adquisición de la posesión según las reglas generales. Aunque quizás desde un punto de vista sistemático la homogeneidad de soluciones sea lo deseable.

Pero además, esto de que el artículo 464 establezca un principio extraordinario en favor del tercero de buena fe que lo proteja en la adquisición del dominio es sólo una de las interpretaciones «posibles» del precepto. Desde una lógica causalista, o como normalmente se dice, desde una interpretación romanista, se entiende que el precepto otorga un trato especial al tercero de buena fe pero sólo a los efectos de la prueba del título en la reivindicación mobiliaria. Ahora la cuestión se presenta en los mismos términos que en el ámbito de la prescripción adquisitiva. Como el poseedor de bienes muebles tiene dificultades para probar, pues se le facilita «presuntivamente» la prueba. Tampoco se trata ahora de una adquisición extraordinaria del dominio en favor del tercero. La cuestión es otra: homologar en materia de prueba la reivindicación «mobiliaria» con la «inmobiliaria».

En fin, por todo lo anterior, pensamos que no existen razones suficientes para deducir un principio de tutela extraordinaria en favor del tercero de buena fe en materia de adquisición de la posesión, ni en el ámbito de la sucesión universal sobre la base del artículo 442, ni respecto a los bienes muebles *ex* artículo 464. Y tampoco cabe alegar el artículo 1652.2.º de la LEC en favor de un principio de estas características. En atención a los términos empleados por este precepto para acotar el ámbito de la legitimación pasiva de la defensa interdictal –«*contra quien ejecutó u ordenó la perturbación o despojo*»–, se ha dicho que el tercer poseedor de buena fe que recibe la cosa está especialmente protegido, en cuanto no ha participado conscientemente en la extralimitación posesoria del tenedor y, por consiguiente, el poseedor afectado (poseedor mediato) no tiene acción contra él ¹⁰⁶. Este argumento se aplica exclusivamente a la adquisición de la posesión a título singular. Porque, según opinión

¹⁰⁶ Así, DE LOS MOZOS, *Tutela interdictal de la posesión...*, cit., p. 250; MARTÍN PÉREZ, *La posesión...*, cit., pp. 178-179; CASTRO FERNÁNDEZ, *La protección interdictal: amplitud*, Madrid, 1986, p. 110; MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles...*, cit., pp. 444-446; DE LA CÁMARA, *La adquisición a non domino...*, cit., pp. 288-289.

común, en la sucesión a título universal existe «continuidad» en la posesión, y, por tanto, el heredero tiene la misma condición que su causante también por lo que respecta a la legitimación pasiva interdictal. En cualquier caso, tampoco el razonamiento que se construye en torno al artículo 1652 de la LEC nos convence. En primer lugar, un precepto de naturaleza procesal no puede establecer una excepción al derecho sustantivo consagrado en el Código Civil; o, mejor dicho, no debería establecerla. Lo más acertado sería pensar que la ley procesal no es coherente en esta cuestión, desconociendo la protección absoluta, frente a todo poseedor, que el Código Civil otorga a la posesión lesionada. Este generoso alcance de la protección posesoria se deduce en general del sistema posesorio, y, en especial, de los términos del artículo 446 del CC. Y asimismo del artículo 463 por lo que respecta a la posesión mediata, que es protegida de los actos lesivos ejecutados por el propio tenedor, pero también de los «consentidos» en relación a terceros.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA MATERIA

Al analizar la jurisprudencia sobre la materia, hemos observado que el conflicto de intereses entre la posesión mediata y la nueva situación posesoria contradictoria se decide casi por sistema en favor de la primera, poniendo trabas desmesuradas a la segunda, sobre todo, a efectos de la usucapión. Y, además, la protección de la posesión mediata discurre al margen del artículo 463 del CC que, justamente, se ocupa de forma principal y directa de preservar dicha situación posesoria de cualquier extralimitación del tenedor. Es una paradoja, pero cuesta trabajo encontrar sentencias en las que se caracterice la lesión de la posesión mediata sobre la base del artículo 463 del CC; y de encontrarlas, son ejemplos marginales en los que el precepto se utiliza como argumento *obiter dicta*, y no como fundamento del fallo. A pesar de ello, el poseedor mediato recibe una generosa protección en la práctica jurisprudencial sobre bases más generales (arts. 460.4.º, 444, 1941...). La originaria posesión en concepto de dueño se protege de todo tipo de lesión –de la «ejecutada» o la «consentida» por el tenedor– y frente a todos, también frente a terceros de buena fe. Y ello, incluso, a costa de forzar demasiado algunas categorías posesorias, que se estiran más allá de sus propios límites conceptuales. Esta práctica ha provocado ciertas disfunciones en el sistema. En fin, concretemos todo ello, en primer lugar, en relación con la interversión propiamente dicha, y, en segundo lugar, respecto al tercer poseedor de buena fe.

Estamos totalmente de acuerdo con el proceder de los tribunales cuando se «controla» con cierto rigor el cambio de concepto desde la tenencia limitada hasta la posesión como dueño. En esta línea se producen manifestaciones jurisprudenciales significativas. Con toda contundencia se reconoce el «*principio de inercia*» del concepto inicial de la posesión: la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto limitado (arrendatario, usufructuario, depositario, colono...) o de tolerancia (relaciones de amistad, vecindad, familiares...) en que se adquirió, salvo prueba en contrario ¹⁰⁷. Y también se deja bien sentado que la posesión en un concepto limitado o por mera tolerancia no puede fundamentar la prescripción –ni ordinaria ni extraordinaria– del dominio ¹⁰⁸. En los casos en que resulta evidente el carácter limitado o tolerado de la tenencia ¹⁰⁹, la desestimación de la prescripción adquisitiva alegada o excepcionada «cae por su propio peso» o, «por el propio peso del sistema» (principalmente, arts. 447 y 1941 del CC). Mayores dudas surgen cuando se alega una nueva forma de poseer en concepto de dueño, que justifica la interversión de concepto *ad usucapionem*. Entonces se pone especial cuidado en la valoración de la actuación posesoria. No cualquier cambio en la forma de poseer otorga nuevo concepto. Se requiere un comportamiento definitivamente distinto. Como dice la STS de 13 de diciembre de 1982, RA 9033, «*la interversión del concepto o título posesorio a los efectos de lo prevenido en el artículo cuatrocientos treinta y seis del propio Código no puede operarse por el mero animus o unilateral voluntad del tenedor sin externa manifestación inequívoca, sino que ha de reflejarse en una actuación fáctica y ostensible...*», «*nemo ipse causam possessionis mutare potest*». Se exige, pues, un comportamiento de contradicción que se concrete en actos dominicales «auténticos, públicos, solemnes ¹¹⁰»; es necesario un comportamiento en concepto de dueño «inequívoco», suficientemente cualificado para otorgar posesión dominical. En definitiva, si la posesión que se ejerce de facto no alcanzan la cota de significación dominical, el tenedor no tiene «concepto» a los efectos de la usucapción ¹¹¹. Además, la jurisprudencia articula la interversión como una actua-

¹⁰⁷ Vid., por todas, STS 7 de febrero de 1966, RA 388.

¹⁰⁸ Así se reconoce en la STS 30 de septiembre de 1964 (RA 4101) respecto a la posesión en un concepto limitado; y en la STS 23 de octubre de 1971, RA 4460 para la posesión por mera tolerancia.

¹⁰⁹ Por ejemplo, STS 3 de mayo de 1974, RA 2011.

¹¹⁰ STS 12 de diciembre de 1966, RA 5715

¹¹¹ Doctrina jurisprudencial generalizada que se manifiesta con unos u otros matices en las SSTS 30 de septiembre de 1964, RA 4101; 7 de febrero 1966 RA 338; 20 de noviembre 1964, RA 5395; 23 de junio de 1965 RA 3986; 29 de noviembre de 1968 RA 5705; 6 de junio de 1986 RA 3293; 13 de diciembre de 1982, RA 9033; 28 de noviembre de 1983, RA 6680.

ción de contradicción frente al anterior poseedor en concepto de dueño, en el sentido de que la nueva forma de poseer del tenedor ha debido llegar hasta él ¹¹². Y por si todo esto fuera poco, a veces —a mayor abundamiento—, se exige no sólo un comportamiento de contradicción lo suficientemente cualificado, sino también un elemento objetivo y causal (título) que manifieste que el sujeto que tiene la cosa es poseedor dominical y no mero tenedor en un concepto limitado o simplemente tolerado ¹¹³. En fin, el tenedor no tiene las cosas fáciles si quiere mutar el concepto limitado de su posesión. Esta manera de entender el problema coincide con nuestro parecer ya expresado: la interversión significa una nueva forma de poseer del tenedor de tal magnitud que arrolla a la posesión mediata, dejándola «mortalmente herida».

Pero lo que ya no se comprende tan bien es el trato tan riguroso que recibe en la práctica el tercer poseedor que de buena fe obtiene la cosa sobre la base de un título dominical. Entonces, no se suele entrar a discutir sobre si la posesión se ejerce como dueño. Como regla, se puede identificar con facilidad una actuación posesoria del tercero que evidencia a todas luces el carácter «inequívocamente dominical» de la posesión. Otra cosa distinta es que la posesión del tercero sea viciosa en cuanto lesiva de la posesión anterior y que, por consiguiente, para consolidar su situación de poseedor en concepto de dueño el tercero deba «adjetivar» su posesión según lo previsto en los artículos 444, 446, 460.4.ª, 1941... En cualquier caso, respecto al tercero, el problema no se plantea por «razones de concepto». Las cosas se reconducen por otros derroteros. Al tercero se le niega la posibilidad de usucapir por «razones de título». Precisamente en este aspecto concreto surgen nuestras dudas sobre el hacer de la jurisprudencia. Se puede apreciar cierta confusión entre los problemas de ineficacia transmisiva por falta de legitimación para disponer del tradens y la nulidad o inexistencia del título a los efectos de su cualificación como «justo título» para la prescripción adquisitiva ordinaria ¹¹⁴. En muchos casos, el tercero tiene título apto para la

¹¹² Claramente refleja esta tendencia la STS 13 diciembre de 1982 (RA 9033). Incluso, extremando en exceso las cosas —equivocadamente a nuestro entender—, la STS 12 diciembre de 1966, RA 5715, exige la aquiescencia del anterior poseedor para que se actúe la interversión.

¹¹³ Vid. SSTS 30 mayo de 1972, RA 2865, y 19 de junio de 1984, RA 3251.

¹¹⁴ Esta confusión ha merecido la crítica de la doctrina: vid. DÍEZ-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1975, pp. 257 y ss.; CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS 5 de mayo de 1983», *CCJC*, 1983, p. 727; y el mismo autor, en «Comentario a la STS 10 de julio de 1987», *CCJC* 1987, p. 4801; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la STS 14 de marzo de 1983», en *CCJC*, 1983, p. 471; ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1.º, Madrid, 1993, pp. 324 y 328; GÓMEZ ROYO, «Topos genético-histórico de la usucapio pro herede...», *cit.*, pp. 8038-8039;

usucapión; es decir, no se aprecian defectos estructurales del negocio de adquisición que son los que tradicionalmente se conciben como relevantes para impedir la prescripción ordinaria. Aun así, forzando el razonamiento jurídico sobre el título, se niega al tercero la posibilidad de usucapir ¹¹⁵. Sólo en contadas ocasiones se admite la usucapión del tercero; y significativamente lo que se admite es la prescripción extraordinaria donde se prescribe por «razones de concepto» ¹¹⁶, no de «título» y con carácter dilatado por «cuestiones de tiempo». Razones o cuestiones, pues, preferentemente fácticas, no tituladas. No obstante, el planteamiento no está del todo claro en la doctrina del Tribunal Supremo, influida en exceso por la cultura de lo formal, hasta llegar a entender –con un criterio equivocado– que la nulidad del título impide la condición de poseedor «en concepto de dueño» a efectos de la usucapión extraordinaria ¹¹⁷.

Esta «política jurisprudencial» sobre el título favorece sin duda las expectativas del poseedor mediato, pero a costa de desnaturalizar el concepto mismo de posesión y de despojar de buena parte de su virtualidad práctica a la usucapión. Quizá no estaría de más reequilibrar la balanza posesoria. Bien es verdad que para proteger los

GÓNZALEZ PACANOWSKA, «Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión *mortis causa*», *ADC*, 1993, p. 1901; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 120 y ss.

¹¹⁵ Es significativa al respecto, entre otras, la STS 3 febrero de 1961 RA 311: los albaceas testamentarios –extralimitándose en su condición– se adjudican para sí un bien que la testadora había dejado a una fundación. Posteriormente los albaceas venden el bien a un tercero. La sentencia establece que el tercer adquirente no tiene «justo título» a los efectos de la prescripción ordinaria. Sin embargo, a nuestro juicio, el tercero tiene «justo título», porque no se aprecian defectos sustanciales en la compraventa; cosa distinta es que no proceda la usucapión por otras razones: pero, desde luego, en este supuesto concreto, el impedimento no se encuentra en «razones de título». La STS 21 octubre de 1964 RA 448 tampoco da una solución acertada sobre la cuestión del «justo título». La Compañía Aragonesa de Minas había vendido a la parte demandada unos terrenos que eran propiedad del Ayuntamiento de Terga y que le habían sido concedidos en un concepto limitado que implicaba una «ocupación temporal». El tercer adquirente demandado opone la adquisición de los terrenos por prescripción ordinaria. Entre otros motivos, se desestima la usucapión por una «supuesta» nulidad del título; pero tampoco en este caso se pueden apreciar defectos sustanciales en el contrato de compraventa. En la misma línea equivocada: SSTS 5 de mayo de 1983, 14 de marzo de 1983, 10 de julio de 1987.

¹¹⁶ Precisamente la STS 22 de septiembre de 1984, RA 4302, que se ocupa de un caso de prescripción extraordinaria incide sustancialmente en la cuestión del concepto: «*resulta de toda evidencia que realiza actos inequívocamente dominicales, actuando en concepto de dueño y mereciendo el trato público de tal, quien a lo largo de mucho más de treinta años satisface a su nombre la contribución urbana, contribuye con su aportación y propio nombre a la instalación de una red eléctrica, como propietario recibe de la Jefatura de Costas de Canarias "notificación de deslinde" y pone en ejercicio una facultad característica del dominio como es el ius aedificandi...*». En la misma línea STS 21 de octubre de 1988, RA 7597, especialmente significativa porque fundamenta el concepto de dueño del poseedor ad usucapionem no sólo en su comportamiento posesorio, sino también en el hecho negativo de no haberse acreditado por parte de la propiedad la existencia de un sólo acto de dicha naturaleza a su favor (fundamento de derecho tercero).

¹¹⁷ Vid. PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato...*, cit., pp. 142-143.

intereses del poseedor mediato se debe exigir al tenedor y al tercer poseedor ciertos esfuerzos para adquirir la posesión *ad usucapionem*. Pero, en general, si la nueva situación posesoria se adjetiva según lo exigido y se cumplen los otros requisitos de tiempo (prescripción extraordinaria) o de título y buena fe (prescripción ordinaria) habrá que apreciar la usucapión alegada. Lo contrario llevaría a forzar las categorías posesorias, que, aunque tienen mucho de conceptuales –sobre todo en materia de posesión mediata– siguen siendo cuestiones «fácticas». La nueva situación creada por contradicción a la posesión anterior gana (o debería ganar) finalmente la batalla posesoria, porque, en realidad, ha conseguido alzarse con el señorío de hecho efectivo. Y sobre la base de esta situación posesoria, cabe finalmente ganar la batalla en derecho *ad usucapionem*. No creemos que esté de más insistir en todo ello. Porque lo que parecen ser dogmas en materia de posesión, después terminan siendo papel mojado en la práctica, principalmente, por un equivocado entendimiento del «justo título».

Este proceder equivocado debe corregirse con un esfuerzo de caracterización conceptual del título apto para prescribir. En esta línea correctora, STS 2 de julio de 1997 (AC 1135 núm. 46/1997) separa con toda claridad dos cuestiones distintas: *«Una cosa es la falta de eficacia de los repetidos contratos en cuanto a la finalidad que persiguen, y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. La nulidad declarada judicialmente no es porque a aquéllos les faltase ninguno de los requisitos del artículo 1261, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario, carecía de la disponibilidad jurídica de los pisos que enajenó al haberse anulado el título de su transmitente sobre el solar porque tampoco era la propietaria del mismo. Pero precisamente este vicio de adquisición es el que subsana la prescripción adquisitiva; la falta de titularidad del transmitente»*.

Sirva este ejemplo de lucidez jurisprudencial para reconducir la usucapión ordinaria a sus verdaderos cauces conceptuales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

1. La posesión sobre las cosas se diversifica en posesiones distintas, cada una de las cuales significa una forma de ejercer el «hecho posesorio». Justamente el artículo 432 del CC prevé que un mismo objeto sustente dos situaciones posesorias: una que se ejerce *«en concepto de dueño»* y otra en el concepto limitado de tenedor *«para conservarla y disfrutarla, perteneciendo el dominio a otra persona»*.

Este fenómeno de diversificación posesoria trae de la mano algunas particularidades importantes. Se acentúa el conceptualismo y la abstracción, sobre todo, porque el llamado poseedor mediato cede la cosa y buena parte de las facultades posesorias sobre la misma a otro sujeto (poseedor inmediato). La posesión mediata representa una forma de «tener» la cosa más abstracta —«especial»—, pero que también significa hecho posesorio. La posesión se espiritualiza bastante, y normalmente consiste en el ejercicio de una serie de facultades indirectas, por ejemplo, percepción de una renta. Sin embargo, no puede perderse de vista la facticidad de esta situación. La posesión mediata conlleva una especial intención posesoria (*animus domini*) pero, al mismo tiempo, una relación efectiva con la cosa (*corpus*); y todo ello se justifica conceptualmente sobre la base del artículo 432, en relación con el cual hay que aprehender el concepto de tenencia del artículo 430. También el tenedor en un concepto limitado es poseedor: tiene «*animus posesorio limitado*», en concreto, la intención de tener la cosa sólo «*para conservarla o disfrutarla*», sin *animus domini* y, por supuesto, ejerce directamente sobre la cosa el conjunto de facultades que se corresponden con el concepto limitado de su tenencia (*corpus*). En fin, como razonábamos en su momento, la concurrencia de posesiones distintas sobre una misma cosa no significa ni «posesión de derechos» frente a «posesión de cosas»; ni «posesión inmediata» frente a «posesión por mediación». Por el contrario, teniendo en común el mismo objeto («posesión de cosas»), cada posesión significa una forma de poseer, con plena independencia conceptual respecto a la otra posesión concurrente.

2. La autonomía conceptual entre las posesiones concurrentes trae de la mano una correlativa autonomía funcional. Las diferentes posesiones que participan en la concurrencia tienen una esfera de actuación característica y propia a los efectos típicamente posesorios: usucapión y percepción de frutos. Y justamente para defender su ámbito de legitimación posesoria, cada poseedor dispone de la protección de los interdictos, que tienen por objeto la lesión posesoria procedente de un tercero, e, igualmente, las extralimitaciones recíprocas en el ejercicio de las posesiones concurrentes. La vía interdictal también pone orden entre las distintas posesiones que coinciden sobre una misma cosa.

3. Especial interés hemos prestado a la caracterización del concepto en que se inicia la posesión a través del título de adquisición de la misma. La posesión es fundamentalmente ejercicio de hecho de un conjunto de facultades posesorias. Pero el comportamiento posesorio no siempre se ejerce con igual intensidad, e incluso se producen periodos «normales» de inactividad posesoria y no por ello hay

que dar por «abandonada» la posesión. Además, los actos de posesión son a veces equívocos y no permiten deducir la «actitud» posesoria. Un mismo comportamiento puede ser reflejo a la vez de diversos conceptos de posesión. Precisamente por ello, el criterio para determinar el concepto inicial de la posesión se objetiva en el título, que, al fin y al cabo, representa la voluntad con que se realiza la cesión posesoria. El título por el cual el tenedor recibe la cosa en un concepto limitado duplica su función de caracterización porque no sólo concreta el concepto de la tenencia, sino que también recorta negativamente el ámbito de legitimación de la posesión mediata concurrente.

4. En fin, con carácter general, la organización conceptual y funcional de la situación de concurrencia de posesiones se articula en torno a categorías muy próximas al formalismo de la «titularidad en derecho»: el concepto en que se ejerce la posesión, la legitimación como presupuesto de eficacia de la actuación posesoria o la adquisición titulada de la posesión son sucedáneos de las categorías propias de la teoría de los derechos subjetivos; aunque, en materia de posesión, hay que poner especial cuidado en reinterpretarlas adecuadamente dentro de los límites conceptuales de esta institución.

5. Todo este despliegue de técnica jurídica se acentúa en el artículo 463 que se ocupa de caracterizar la lesión de la posesión mediata y de regular sus consecuencias. El precepto –fiel al principio de «legitimación voluntarista»– declara con toda contundencia la ineficacia posesoria de la actuación extralimitada del tenedor: los actos ejecutados o consentidos por el tenedor sin facultades ni legitimación –sin o contra la voluntad del anterior poseedor– no «*obligan ni perjudican al dueño*». No obstante, esta consecuencia no es definitiva y ha de ser moderada según el régimen general de la pérdida y adquisición de la posesión por despojo previsto en los artículos 444, 446, 460.4.º y concordantes del CC.

6. La lesión de la posesión mediata se concreta bien en actos ejecutados por el propio tenedor que cambia, de facto, el concepto limitado de su tenencia, comportándose como si fuese dueño, o bien en actos consentidos por el tenedor que cede la cosa a un tercero sobre la base de un título que implica posesión en concepto de dueño. En ambos casos, existe una *ratio* de favor hacia el poseedor mediato definida fundamentalmente en el artículo 463 y reafirmada en el sistema general de la posesión. Sus expectativas posesorias son salvaguardadas frente al comportamiento lesivo del propio tenedor que, sin consentimiento, actúa más allá del concepto limitado de su condición, invadiendo la esfera posesoria ajena y también frente al tercer poseedor de buena fe, que tiene una posesión «titulada», pero

viciosa en cuanto lesiva de la «posesión anterior». El poseedor mediato conserva su posesión durante un año a los efectos de actuar «*erga omnes*» –frente a todos– la protección interdictal. Con ello evita que se consolide la nueva situación posesoria contradictoria a la suya. Por su parte, el tenedor y el tercer poseedor tienen que dar la talla posesoria si, en efecto, quieren consolidar el nuevo estado de cosas y ganar la batalla posesoria, según las reglas previstas en los artículos 444, 446, 460.4.^a, 1941 y concordantes del CC.

La interversión del concepto del tenedor plantea fundamentalmente problemas de «concepto posesorio» y se pone especial cuidado en valorar la «pretendida» actuación dominical. El tercer poseedor, en cambio, no suele tener problemas de concepto, porque el título de cesión de la posesión con «potencial» para transmitir el dominio ayuda bastante a caracterizar su comportamiento como posesión «en concepto de dueño». Pero no basta con el concepto, el tercero debe todavía «purgar» el carácter viciado de la posesión, que, aunque titulada, sigue siendo lesiva de la posesión anterior; en particular para «sanar» este vicio originario debe poseer la cosa de forma pacífica durante un año, a contar desde que su situación posesoria haya sido conocido o haya podido serlo (cognoscibilidad objetiva) por el poseedor mediato.

En fin, con ciertos requisitos, cabe la interversión posesoria desde la tenencia limitada a la posesión en concepto de dueño; y también es posible que un tercero adquiera la posesión con las condiciones exigidas. No debe olvidarse que la pugna entre posesiones es al fin y al cabo una pugna fáctica y, por tanto, la «conservación» de la posesión mediata es claudicante; si el poseedor no hace valer su condición, actuando a tiempo la protección interdictal, terminará por imponerse la nueva situación posesoria contradictoria. Es importante no perder esto de vista, sobre todo, para evitar cualquier tendencia a proteger en exceso la situación del poseedor mediato hasta llegar a desnaturalizar el concepto mismo de posesión, haciendo prevalecer una posesión que ha quedado vacía de contenido por contradicción de la nueva situación posesoria. Finalmente la situación pujante ha de prevalecer si «de hecho» tiene más fuerza que la posesión anterior.

La subsidiariedad en la acción pauliana

PEDRO ROBLES LATORRE

Profesor Asociado
Universidad de Granada

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana.*—III. *La subsidiariedad como requisito.*—IV. *Los efectos de la acción pauliana y su relación con el requisito de la subsidiariedad.*—V. *Los efectos de la acción pauliana y su relación de la subsidiariedad.*—VI. *Distintos supuestos en los que se podría apreciar el juego de la subsidiariedad de la acción rescisoria:* 1. La pluralidad de patrimonios garantes de una deuda. 2. La existencia de mecanismos jurídicos alternativos que evitan el perjuicio.—VII. *El fundamento de la subsidiariedad de la acción rescisoria.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1294 del CC afirma claramente: «La acción de rescisión es subsidiaria». Esta afirmación tajante ha hecho posible que tanto la doctrina como la jurisprudencia aludan a la subsidiariedad como un requisito más a la hora de poder rescindir un negocio por fraude de acreedores. Tradicionalmente se ha entendido este requisito en el sentido de que existiendo otro medio legal o jurídico que permitiese solventar el perjuicio que la realización de un negocio ha provocado en el deudor, éste tendría vedada la utilización de la acción rescisoria contra dicho negocio.

Sin embargo, el requisito de la subsidiariedad plantea muchas dudas, seguramente por su íntima relación con el resto de requisitos. En multitud de ocasiones se utiliza el calificativo de subsidiario, respecto de la acción rescisoria de una manera absolutamente retórica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. ¿Qué se quiere decir exactamente cuando se habla de subsidiariedad? ¿Qué entendemos por otros medios jurídicos capaces de solventar el perjuicio? ¿Qué perjuicio es necesario para que pueda utilizarse la acción pauliana? Todas estas son cuestiones que al no estar absolutamente

resueltas oscurecen de manera importante el concepto de subsidiariedad en el ámbito de la aplicación de la acción rescisoria.

Pongamos algunos ejemplos de lo que queremos decir. Imaginemos un deudor desesperado realizando un negocio fraudulento con un amigo con el ánimo de defraudar las expectativas de cobro de su acreedor. La única razón por la que se ha realizado el negocio ha sido la de evitar la ejecución de los bienes del deudor, y ello es perfectamente conocido y asumido por su amigo. Parece un caso típico de fraude de acreedores y por tanto un negocio rescindible. Sin embargo, también, desde otro punto de vista se puede mantener que dicho negocio es nulo por causa ilícita, pues la razón de su existencia es precisamente la de lesionar al acreedor en sus posibilidades de cobro. ¿Y no es la nulidad otro remedio jurídico diferente de la rescisión? ¿Y no implicaría ello, en virtud del principio de subsidiariedad la imposibilidad de utilizar la acción rescisoria? O por ejemplo, imaginemos un acreedor con la posibilidad de dirigirse solidariamente a varios deudores. Cuando intenta hacer efectivo su crédito contra uno de ellos, éste es insolvente, insolvencia provocada fraudulentamente por la realización de negocios destinados a buscar la falta de patrimonio del deudor. Por tanto también hay negocio realizado en fraude de los derechos de un acreedor. ¿Podrá rescindir el contrato realizado fraudulentamente o por el contrario deberá dirigirse contra el resto de codeudores solidarios? Atendiendo al requisito de la subsidiariedad tampoco podrá atacar el negocio realizado por su deudor.

Lo que intenta buscar este trabajo es una respuesta a cuál es la función y el fin del requisito de la subsidiariedad en el ámbito de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Pero para ello nos parece imprescindible reflexionar previamente -y aunque sea mínimamente- sobre los requisitos necesarios para poder rescindir un negocio así como sobre los efectos que sobre dicho negocio produce la rescisión del mismo.

II. LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PAULIANA

Cuando comenzamos a hablar de la acción rescisoria por fraude de acreedores o de la Acción Pauliana ¹, automáticamente se nos representa en la mente un mecanismo que el ordenamiento concede a un acreedor burlado en su derecho de crédito, un medio de

¹ Una reciente y magnífica monografía sobre esta acción ha sido realizada por FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.

reparación del perjuicio que un acto fraudulento, realizado por el deudor y un tercero, le ha causado al acreedor o, como afirma Lalaguna², «la facultad que el ordenamiento jurídico concede a todo acreedor para proceder por derecho propio a impugnar los actos válidamente celebrados por el deudor que, por su carácter fraudulento, produzcan un perjuicio al acreedor y éste no pueda cobrar de otro modo lo que se le deba».

Sabemos que para que este mecanismo esté a disposición del acreedor es necesario que se produzca una serie de requisitos que, en principio, deben ser probados por el propio acreedor. Estos requisitos han sido puestos de relieve por la jurisprudencia³, que los ha extraído de la regulación que se contiene de la Acción Pauliana en el Código Civil. No por repetidos y sabidos dejan de ser objeto de análisis⁴. El que ahora realizamos nosotros no tiene otra pretensión que la de situar al lector dentro del ámbito en el que se mueve la rescisión del acto fraudulento.

1. La primera condición que es requerida para poder emplear la Acción Pauliana es *la existencia de un crédito*. Este crédito en favor del demandante de la rescisión debe ser un crédito cierto, no discutido. Cualquier duda sobre la existencia del crédito será un impedimento infranqueable para el éxito de la rescisión⁵. Pero no basta con que no haya duda alguna de la existencia del crédito. En principio, es requisito

² LALAGUNA, E., «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RGD*, 1993, núm. 582, p. 1259.

³ Por citar una sentencia reciente de las muchas que se pueden encontrar ver *Sentencia A.P. Badajoz de 4 de diciembre de 1995, Aranzadi Civil, ref. 2281* en la que se afirma: «Exigiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo desde muy antiguo la concurrencia de los siguientes requisitos: a) existencia de un crédito; b) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior que beneficia a tercero proporcionándole una ventaja patrimonial; c) realización del acto dispositivo por el deudor con ánimo de perjudicar al acreedor o sustraer los bienes a la acción del mismo y d) carencia de acreedor de obtener, por otro medio el cobro de su crédito». La *STS de 10 de abril de 1995, Aranzadi, ref. 3254* afirmaba: «Los requisitos que condicionan la viabilidad de la acción revocatoria o pauliana son los siguientes: la existencia de un crédito anterior en favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; realización de un acto por virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor; ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor». Otras sentencias son *STS de 28 de noviembre de 1994, Aranzadi, ref. 8630*; *STS de 25-4-1996, 13-9-1995, 2-6-1994, Aranzadi, ref. 4575*; *6-4-1992, Aranzadi, ref. 6186*; *27-3-1992, Aranzadi, ref. 2337*; *13-2-1992, Aranzadi, ref. 844*; *7-2-1991, Aranzadi, ref. 1149*; *28-3-1988, Aranzadi, ref. 2479*; *14-10-1987, Aranzadi, ref. 7099*; *15-2-1986, Aranzadi, ref. 681*.

⁴ MARTÍN SANTISTEBAN, «Presupuestos y requisitos en la aplicación de la acción rescisoria por fraude de acreedores: su evolución en la doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo. (Comentario a las Sentencias de 6 de abril de 1992 y 28 de octubre de 1993)». *RGD*, 1994, pp. 9143 y ss.

⁵ Así lo ha puesto de manifiesto la *STS de 15 de noviembre de 1995, Aranzadi, ref. 9203*, en la que se deniega la rescisión de un contrato porque el demandante no consiguió acreditar la existencia de un crédito a su favor, pues su existencia pendía de una declaración judicial previa en otro procedimiento.

necesario que éste sea previo a la realización del contrato que pretende declararse ineficaz, aunque últimamente se viene entendiendo que es suficiente con que la existencia del crédito sea próxima y segura ⁶.

2. Igualmente se requiere que el negocio se haya realizado con una *actitud fraudulenta* ⁷ que debe predicarse no sólo del deudor, sino también de la persona que contrata con él, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1295 CC: «Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe». Fraude que se presume por el artículo 1297 en los supuestos de enajenaciones de bienes a título gratuito y a título oneroso cuando se tratase de bienes embargados o de enajenaciones realizadas por personas contra las que hubiese una sentencia condenatoria. También se ha matizado qué es lo que debe entenderse por actitud fraudulenta, tanto del deudor como de la persona que contrata con él. Por lo que se refiere al deudor parece que ya no es necesario que exista un ánimo o propósito expreso, una intención clara de causar daño al acreedor ⁸, y que es suficiente, como afirma Albaladejo ⁹ la posibilidad de haber tenido conciencia o conoci-

⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, «Apuntes para una distinta aproximación a la Acción Pauliana», *RGLJ*, 1984, mayo, p. 495: «En nada parece que repugne al espíritu de la acción pauliana la impugnación del acto doloso del deudor enfocado a evitar el cumplimiento de una obligación por asumir. Forzoso es admitir la ventaja de la acción pauliana sobre cualquier otra, que no sería sino la indemnización». En el mismo sentido *vid. STS de 28 de junio de 1994, Aranzadi, ref. 5990* cuando afirma: «Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funde la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso 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 existencia posterior del crédito [Sentencia de 11 noviembre 1993 (RJ 1993\8959)]». Igualmente, *STS de 27 de octubre de 1984, Aranzadi, ref. 6965 y 28 de marzo de 1988, Aranzadi, ref. 2479*. Es ésta una opinión que se ha ido generando a lo largo de los años y como consecuencia de la práctica de los Tribunales. Con anterioridad y desde una posición que teóricamente podría parecer correcta, la opinión era diferente. Así, TRAVIESAS, «La Acción Pauliana», *RGLJ*, 1920, tomo 137, p. 107 y ss., afirma: «Las garantías patrimoniales a favor del acreedor perjudicado por acto anterior a su crédito, no se alteran en nada: de aquí que no se admita, entonces, la pauliana, sin que esto sea obstáculo para que sean utilizables otras acciones que protejan contra el dolo o la culpa».

⁷ PUIG PEÑA, F., «Teoría de la Acción Pauliana», *RDP*, 1945, septiembre, p. 486. ORDUÑA MORENO, *Notas acerca de la acción de rescisión por fraude de acreedores a propósito de la última jurisprudencia*, *RGD*, 1988, pp. 61 y ss.

⁸ LOHMAN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 491: «No se exige, pues, que el deudor tenga en mente la determinación resuelta y de mala fe, decisión de dañar en suma, mediante la ocultación de su patrimonio, escondiéndolo yo poniéndolo fuera del alcance del acreedor; no se requiere que el acto se haga "ex profeso" para perjudicar».

⁹ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español*, tomo II, p. 120. Afirma este autor: «Por otro lado, cuando una persona de diligencia media se habría apercibido de que con la enajenación su patrimonio queda sin bienes para hacer frente al derecho del acreedor, no cabe tampoco admitir que, por el hecho de que, en el caso concreto, el deudor sea tan poco discreto que le haya pasado desapercibida dicha circunstancia, no le alcancen las mismas

miento del daño que se podría causar. Esta evolución, clara en la doctrina, parece que se va aceptando en la jurisprudencia aunque lentamente¹⁰. La persona que contrata con el deudor debe ser también partícipe en el fraude. Tradicionalmente se ha diferenciado la actitud que debe tener el contratante distinguiendo que haya participado en un acto gratuito u oneroso. Como se sabe, la actitud fraudulenta exigida es más predicable cuando se trata de rescindir un contrato a título oneroso que un contrato a título gratuito, pues el fundamento en que se basa la rescisión de uno y otro tipo de negocio es diferente¹¹. Mientras que si el fraude se comete realizando un acto gratuito existe una presunción *iuris et de iure* de que existió colaboración por parte del contratante no deudor, si el fraude se produce como consecuencia de un acto oneroso, habrá que probar la actitud irregular del contratante. ¿Qué grado de participación se exige para poder rescindir el negocio? Es evidente que no es necesario que la razón única y principal que ha llevado al tercero a contratar es causar un perjuicio al acreedor¹². De ser así, y adelantándonos a

consecuencias que si se hubiese percatado. Por el principio de responsabilidad, hay, pues, que afirmar que a la conciencia realmente tenida de que el acreedor no podrá ya cobrar, hay que equiparar el caso de que debiera haberse tenido. Lo contrario supondría un premio a la negligencia. Siendo así que ésta debe perjudicar al negligente, y no a los demás».

¹⁰ La STS de 6 de abril de 1992 Aranzadi, ref. 2942 afirmaba que: «el artículo 1111 del CC contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de "ánimus nocendi" o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del "consilium fraudis", bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación». Sentencia citada por MARTÍN SANTISTEBAN, *op. cit.*, p. 9160, en cuya opinión es precipitado hablar de una nueva corriente jurisprudencial. Sentencias posteriores, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 4 de diciembre de 1995, Aranzadi Civil, ref. 2281, afirman: «la acción pauliana, según la doctrina, tiene actualmente un carácter de cierta objetividad a pesar de exigir un requisito tan subjetivo como lo es el "consilium fraudis"...».

¹¹ Expone LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1271, la diferencia existente entre actos onerosos y gratuitos de la siguiente forma:

«Los actos de disposición a título gratuito suponen una desigualdad objetiva entre el interés del acreedor de evitar un daño (damno vitando) en su patrimonio y el interés del tercero en obtener un enriquecimiento a costa del patrimonio ajeno. Esta desigualdad justifica la revocación del acto gratuito, que beneficia al tercero, para restablecer el perjuicio causado por dicho acto al acreedor.

En los actos de disposición a título oneroso hay una cierta equivalencia entre el interés del acreedor y el interés del tercero, cuyo patrimonio experimenta, como consecuencia de la adquisición no un enriquecimiento sino un cambio (vgr. La cosa que por título de venta ingresa en el patrimonio del comprador se adquiere a cambio de una cantidad de dinero que sale de ese mismo patrimonio para pago del precio). De modo que el interés del adquirente a título oneroso que actúa de buena fe es tan digno de protección como el del acreedor defraudado por el deudor, por lo que no hay razón para rescindir o revocar el acto de disposición del deudor válidamente celebrado con el tercero».

¹² Ya TRAVIESAS, *op. cit.*, p. 100, citando a BEDARRIDE (*Traité du dol et de la fraude...*, II, p. 200, 2.ª ed.), afirmaba:

uno de los supuestos en que más adelante estudiaremos, el ejercicio de la Acción Pauliana no sería posible, pues el acto debería ser declarado nulo por ilicitud de causa, dejando a la acción rescisoria sin ninguna posibilidad de aplicación. Basta pues, para rescindir el acto con que el tercero conozca la existencia del fraude, aunque no sea su intención el realizarlo. Incluso es defendible rescindir un contrato cuando el tercero, aun no conociendo el fraude producido, podría haberlo conocido utilizando una diligencia media ¹³.

3. Existiendo el crédito y habiéndose realizado un acto fraudulento es además necesario que el acreedor se vea imposibilitado de cobrar su crédito, lo que implica la inexistencia de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, es decir *la insolvencia* del mismo. Al hablar de insolvencia no nos referimos a la ausencia total de bienes, sino a la carencia de bienes suficientes para hacer frente al pago de la deuda. La prueba de dicha insolvencia no debe ser exigida al demandante, quien tan sólo deberá acreditar que habiendo intentado el cobro de la deuda no ha encontrado bienes suficientes en el patrimonio del deudor que le permitiese satisfacer su crédito. Como afirma Cristóbal Montes, «si bien no es posible el ejercicio de la acción pauliana cuando en el patrimonio del deudor existan bienes suficientes para la cumplida realización del crédito, tampoco es posible restringir el ejercicio de la misma al supuesto de la insolvencia total y absoluta del deudor, ni siquiera al caso de que carezca efectivamente de bienes suficientes, sino que basta con que al acreedor le resulte desconocido que existen bienes distintos de los que constituyen el objeto del acto dispositivo impugnado, o que la búsqueda y consecución de los mismos le supongan un esfuerzo extraordinario» ¹⁴. Lalaguna ¹⁵, por su parte, basándose en

«la existencia de un perjuicio es el carácter esencial del fraude. Que el perjuicio haya sido preparado en el momento del contrato, que haya sido su causa determinante o que no sea más que la consecuencia de un pensamiento que la ejecución del contrato haya hecho surgir, poco importa. El fraude puede existir sin haber sido premeditado; se realiza por el hecho sólo de que haya perjuicio...»

Admitir lo contrario sería confundir el dolo y el fraude, sería exponerse a hacer imposible la represión de éste, aun en presencia del perjuicio más considerable».

¹³ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 120: «El adquirente participa en la maquinación o tiene o debe tener conocimiento del perjuicio que su adquisición originará». En un sentido menos amplio de lo que debe entenderse por mala fe CRISTÓBAL MONTES, A., *La vía Pauliana*, Madrid, 1997, pp. 157 y ss., citando Sentencias del Tribunal Supremo y quien concluye afirmando que «la noción de fraude respecto al tercero adquirente no será distinta de la que se predica respecto al deudor y de la misma manera que en relación a éste es suficiente con que tenga conocimiento o conciencia del daño que irroga a sus acreedores con el acto dispositivo que realiza, bastará también con que aquél tenga ese mismo conocimiento o conciencia del daño».

¹⁴ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 127.

¹⁵ LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1267.

sentencias del Tribunal Supremo ¹⁶ obtiene los siguientes criterios en relación a la insolvencia:

Es innecesario obtener la declaración de insolvencia en juicio previo cuando por el conjunto de la prueba se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no podían cobrar de otro modo lo que se les debe.

La determinación de la concurrencia de los requisitos que conforman la acción pauliana corresponde a las Salas de Instancia por tratarse de cuestiones de hecho.

Basta que, aunque puedan existir otros bienes, no sean conocidos otros que los que han sido objeto del acto realizado en fraude de acreedores, es decir, que basta que el acreedor crea que el deudor es insolvente y así lo aduzca.

4. Habiéndose producido todas las circunstancias anteriormente expuestas –esquemáticamente presentadas–, lo normal será que se le haya causado un perjuicio al acreedor. Y digo que es lo normal pues podrá existir un crédito, podrá haberse realizado un acto fraudulento por parte del deudor, incluso con la participación del contratante, podrá haber provocado dicho acto la absoluta insolvencia del deudor, pero es posible que nada de ello importe al acreedor, pues si, por ejemplo, tiene asegurado su crédito con una garantía hipotecaria suficiente, nada de lo realizado por el deudor le habrá causado perjuicio o daño.

Es ésta la verdadera base sobre la que se asienta la Acción Pauliana. El ordenamiento reacciona ante el daño provocado por el deudor al acreedor. Si no hay perjuicio nunca se podrá utilizar la acción rescisoria. Y cuando hablamos de perjuicio nos referimos a la imposibilidad de cobro. En otros países, como en Francia ¹⁷, el perjuicio se refiere no sólo a la imposibilidad de cobro sino también a la excesiva dificultad en la realización de los bienes.

Y nos parece que éste es el lugar en donde el requisito de la subsidiariedad juega un papel importante. Subsidiariedad en un doble sentido. Primero: En el sentido de que realmente se haya producido un perjuicio. Tanto el deudor como el tercero que contrata con él pueden demostrar que el negocio realizado no daña el crédito del acreedor (existencia de garantías reales, patrimonios subsidiarios a los que dirigirse –fianzas–, codeudores responsables de la deuda –solidaridad–, posibilidad de ejercicio de una acción directa).

¹⁶ Aborda igualmente el tema desde un punto de vista claramente jurisprudencial ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XV, vol. 1.º, artículo 1111, pp. 957 y ss.

¹⁷ CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, tome II, premier volume, pp. 1067 y ss.

Intentarán demostrar que el acreedor puede cobrar lo debido sin necesidad de rescindir un negocio que, por hipótesis, es válido. Pero además, utilizando el segundo sentido de la subsidiariedad, tanto el deudor como el tercero, pueden argumentar que, aunque el negocio realizado fraudulentamente haya causado perjuicio, existen otros mecanismos jurídicos diferentes que permitirían el cobro del crédito al acreedor (existencia de otros negocios realizados por el deudor que fuesen anulables, utilización inapropiada de la acción rescisoria pues el negocio impugnado adolece de alguna causa de nulidad –causa ilícita, simulación–, posibilidad de ejercitar acciones específicas que puedan resolver el fraude –acción de devastación–, art. 1317 CC).

III. LA SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO

Que la acción pauliana es subsidiaria es una cuestión que, en principio, está fuera de toda duda. Este requisito es uno de los enumerados insistentemente en las Sentencias del Tribunal Supremo y en los muy variados estudios que sobre la acción rescisoria se han realizado. Pero de dónde nazca esta subsidiariedad y qué sea lo que significa es una cuestión más debatida.

El problema del origen normativo de la subsidiariedad es una vieja polémica. Tres son los preceptos del Código Civil de los que se puede desprender el carácter subsidiario de la Acción Pauliana. El primero de ellos es el artículo 1111:

«Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho».

El artículo 1111 recoge dos acciones diferentes. La acción subrogatoria, mediante la cual el acreedor, situándose en la posición jurídica del deudor puede utilizar todas las acciones de que éste dispusiese, salvo las personalísimas y en segundo lugar recoge la Acción Pauliana pues concede la posibilidad de impugnar los actos que el deudor realice en fraude de acreedores. El carácter subsidiario se desprende de la necesidad que impone el artículo de utilizar la acción, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor. Además de criticar la dicción literal del precepto, pues habrá bienes que estén en posesión del deudor y que no pertenezcan al patrimonio que según el artículo 1911 garantiza la obliga-

ción e, igualmente, haber bienes fuera de la posesión del deudor que sí que queden afectos a dicha garantía, el mayor problema que ha encontrado la doctrina para justificar la subsidiariedad respecto de la acción rescisoria en relación a este artículo ha sido que parece que dicha característica se predica respecto de la subrogación pero no respecto del fraude.

No es ésta la opinión de Orduña Moreno¹⁸ para quien el carácter subsidiario de la Acción Pauliana se desprende directamente del artículo 1111 del CC.

Por su parte, otro grupo de autores como Lacruz Berdejo¹⁹ y Lalaguna opinan que no se puede deducir del artículo 1111 que la acción rescisoria sea subsidiaria. Afirma el último autor: «El carácter subsidiario de la acción pauliana tiene su fundamento legal, como quedó apuntado, no en el artículo 1111 sino en el 1294, y en este sentido el Tribunal Supremo, últimamente, tiene en cuenta este segundo precepto para conceder o denegar la revocación. Así concretamente, la Sentencia de 25 de enero de 1989 declara haber lugar al recurso, desestimando la pretensión de la demanda porque la actora y recurrente tenía, con carácter previo al ejercicio de la acción, otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, «y al no haberlo hecho así, se ha incumplido la exigencia de la subsidiariedad de la acción rescisoria, que imponen los artículos 1291.3.º y 1294 del CC, que han sido infringidos»²⁰.

Efectivamente, el artículo 1294 del CC afirma: «La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio». El tenor literal del artículo no puede ser más expreso. De todos modos no faltan argumentos para poner en duda que de dicho precepto se desprenda el carácter subsidiario de la Acción Pauliana. Así, Fernández Campos²¹ afirma:

«Pero, siguiendo el proyecto de 1851, nuestro legislador de 1889 vino a remediar la parquedad normativa del artículo 1111. Considerando el fraude de acreedores como un supuesto más de rescisión de los contratos, junto con los supuestos de rescisión por lesión. La remisión venía apoyada en las siguientes razones: la necesidad de dotar a la pauliana de un régimen jurídico más completo; la

¹⁸ ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 79.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, p. 247.

²⁰ LALAGUNA, *op. cit.*, p. 1262

²¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Subsidiariedad de la acción pauliana en las obligaciones solidarias. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1995», en *La Ley*, núm. 4060, junio de 1996.

asimilación entre lesión y fraude como dos manifestaciones del perjuicio que un contrato puede significar para quien no prestó su consentimiento; y por el antecedente común de ambas instituciones den la *restitutio in integrum* del Derecho romano.

La rescisión como forma de reparar la lesión era en el proyecto de 1851 (art. 1170) subsidiaria respecto a la reparación pecuniaria a cargo del propio tutor o representante que contrató. Cuando éstos no tuvieren bienes, entonces quedaba justificado reparar el perjuicio mediante la rescisión del contrato, ahora afectando al adquirente, y por eso sólo cuando éste fuera a título gratuito o de mala fe.

En cambio, la subsidiariedad pauliana procede del propio artículo 1291.3.º, y no tanto del artículo 1294 del CC, que es el correspondiente del artículo 1170 del proyecto de 1851 –ubicado sistemáticamente entre los artículos específicos de la rescisión por lesión; el legislador de 1889 suprimió muchos artículos del proyecto y la división por secciones, que ha originado la confusión en nuestra doctrina y jurisprudencia- previsto para la rescisión por lesión».

Parece pues que el artículo 1294, por razones históricas, se refiere no tanto a la acción rescisoria por fraude como a la rescisión por lesión. Dicho de otro modo. La subsidiariedad es predicable respecto a la acción rescisoria por lesión, pero no respecto de la acción rescisoria por fraude.

Acompañando al argumento de tipo histórico está el del Derecho Comparado. Ni en el Derecho francés ni en el Derecho italiano la Acción Pauliana tiene carácter subsidiario, sino que es un medio de defensa del crédito que el acreedor puede usar junto con (y no después de) los restantes que le son ofrecidos por su Ordenamiento ²². Es más, aunque mantengan que la acción pauliana

²² Hecho que es una novedad de nuestro Ordenamiento frente a Ordenamientos tan próximos como el francés, en donde ante una regulación normativa muy parca del remedio rescisorio ha sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando los límites de ejercicio de esta acción, sin que ninguno de ellos sea el de la subsidiariedad. Por lo que respecta al Código Civil francés dice en el artículo 1167: «*Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits*». Los principios básicos en los que se mueve la jurisprudencia son :

- Es necesario que exista un fraude y si la enajenación ha sido a título oneroso es necesario que el acreedor pruebe la complicidad del tercer adquirente. Si fuese a título gratuito no será necesaria la prueba de la complicidad.
- El fraude no debe entenderse como intención de causar daño. Basta el conocimiento, de que con la realización del negocio se deja al acreedor en una posición perjudicial. Esto es también lo pedido para el tercero que negocia con el deudor.
- La prueba del fraude se puede hacer de cualquier modo.
- Para interponer la Acción Pauliana es necesario que el deudor tenga una determinada situación patrimonial. No podrá interponerla si en el momento de interposición de la demanda el deudor tenía bienes suficientes para satisfacer el crédito. Por tanto, desde este punto de vista se puede hablar de necesidad de estado de insolventia. (*Sentencias 31-mayo-1978, Bull. Civ. I, núm. 209; 27-junio-1992, Bull. Civ. I, núm.163 ; 6-enero-1987, Bull. Civ. I, núm.1; 1-diciembre-1987, Bull. Civ. I, núm. 318.*) En cualquier caso, a pesar de

tiene naturaleza rescisoria, cuando se habla de «la acción rescisoria» generalmente se refieren al remedio jurídico que pone fin a una lesión y no tanto a un fraude.

En cualquier caso, pienso que hay argumentos que identifican la necesidad de que la acción de rescisión, tanto en el caso de fraude como en el de lesión, estén presididas en su utilización por el matiz de la subsidiariedad. Se puede afirmar que la subsidiariedad tanto de la rescisión por lesión como de la rescisión por fraude nace o es consecuencia del principio de conservación del negocio. Negocio válidamente realizado. Negocio válido pero que causa un perjuicio el cual puede provenir tanto como consecuencia de una actitud fraudulenta como consecuencia de la existencia de lesión. La idea de la subsidiariedad está unida a mantener el negocio válidamente realizado. Lo válido hay que protegerlo. Sólo se rescindiré en último caso, cuando haya perjuicio, dando igual que dicho perjuicio sea una lesión o un fraude. El origen del perjuicio es indiferente.

E incluso, en el caso específico del fraude, se puede cimentar la necesidad de la subsidiariedad en la utilización de la acción en que una tercera persona, ajena a un negocio jurídico, pueda impugnarlo, excediéndose del ámbito que normalmente el derecho de obligaciones otorga a los acreedores en su poder de agresión del patrimonio del deudor.

Aun así nos queda el tercer artículo, el 1291.3.º que afirma que serán rescindibles «los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba». Por tanto, si pueden cobrar de otro modo, bien porque aun queden bienes garantes del crédito contra los que dirigirse (ausencia de perjuicio) bien porque se puedan recuperar algún bien garante utilizando un mecanismo jurídico diferente a la rescisión, no será posible utilizar la Acción Pauliana.

que el deudor en el momento de interponer la Acción Pauliana sea solvente, en determinados casos es posible que prospere, sobre todo cuando haya actos que imposibilite el ejercicio de determinados derechos por parte del acreedor (*Dalloz 1975, 777, comentando la sentencia de 10-diciembre-1974 por parte de Simon. Esta misma sentencia comentada por Pancqueel en Gazeta du Palais 1975, 1, 363*).

- En cuanto al tipo de deuda no parece necesario que sea ni líquida ni exigible.
- El acto fraudulento debe ser anterior a la deuda, salvo que se demuestre que se realizaron actos anteriores, igualmente fraudulentos.
- La revocación efecto de la Acción Pauliana solo tiene lugar en beneficio del acreedor y por la cuantía que le beneficie, es decir, que puede ser parcial.

La doctrina, igualmente, parece decantarse por el carácter no subsidiario de la acción pauliana. MESTRE, en sus comentarios a sentencias en la *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, tanto en el del año 1986, p. 601 como en el del año 1988, p. 545, parece defender la posibilidad de ejercitar la acción pauliana aun existiendo medios específicos que protegen la posición de determinados acreedores frente a sus deudores, excluyéndose de este modo el carácter subsidiario de la acción.

En mi opinión lo importante es estudiar porqué se mantiene la idea generalizada del carácter subsidiario de la acción pauliana, cuya consecuencia es dejar sin eficacia, al menos parcialmente, un negocio válidamente constituido. Lo cierto es que tanto las partes del proceso como el Juez que lo resuelve tienen claro que el ejercicio de esta acción debe ser el último remedio posible para evitar el perjuicio ocasionado por la actuación fraudulenta.

Planteada de este modo la cuestión nos parece que nuestro trabajo debe dirigirse a estudiar qué es lo que se quiere decir cuando se afirma tal carácter. De un estudio exhaustivo de los textos doctrinales y los jurisprudenciales podemos extraer algunas conclusiones. En multitud de supuestos la afirmación del carácter subsidiario de la acción es una afirmación vacía, una coletilla que se coloca al final de la enumeración de unos requisitos sabidos y que no añade nada relevante al carácter de la acción. En otro gran número de ocasiones se afirma el carácter subsidiario de la acción como argumento de apoyo a la existencia de insolvencia. Como no existen bienes en el patrimonio del deudor no hay más modo de cobrar lo debido que rescindiendo el negocio fraudulento. Subsidiariedad se identifica automáticamente con insolvencia. Tan sólo en un pequeño número de casos, en los que el supuesto de hecho permite el juego autónomo del requisito de la insolvencia y de la subsidiariedad, es posible apreciar la verdadera trascendencia de este requisito. Veamos esto más despacio.

Desde antiguo²³ se viene atribuyendo al requisito de la subsidiariedad un triple carácter. Se habla de subsidiariedad en sentido jurídico, en sentido económico y en sentido procesal. Moreno Quesada²⁴ explica este triple carácter. Desde el punto de vista jurídico la subsidiariedad significa la imposibilidad de utilizar otro remedio técnico que ofrezca el Ordenamiento para solucionar por una vía distinta a la rescisión el perjuicio que se ha ocasionado. Estos otros mecanismos pueden recaer sobre negocios distintos del que se pretendía resolver o sobre el mismo negocio²⁵. Desde un punto de vis-

²³ SCAEVOLA, *Código*, tomo XX, p. 959.

²⁴ MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XVII, vol. 2.º, pp. 184 y ss., y *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1294, p. 531.

²⁵ Imaginemos el primer caso –actuación sobre negocios distintos al fraudulento– cuando el deudor, previamente a la realización del acto rescindible, hubiese realizado un acto anulable, o pudiese revocar alguna donación. En cualquier caso no es fácil que los Tribunales estén en disposición de apreciar de oficio esta circunstancia, que deberá ser puesta de manifiesto por las partes en el proceso. Como ejemplo la *STS de 28 de marzo de 1988, Aranzadi, ref. 2479*. En el supuesto un deudor había realizado una hipoteca de máximo en favor del «Banco de Bilbao», perjudicando los derechos crediticios del resto de acreedores, los cuales demandaron al deudor y a la entidad crediticia por fraude de acree-

ta económico, es decir, que haya ausencia de bienes sobre los que el acreedor pueda dirigirse para cobrar su deuda ²⁶. Desde un punto de vista procesal, como dice Moreno Quesada «en el sentido de que no procede el recurso a la misma sin que antes se hayan agotado las posibilidades de procedimientos iniciados con anterioridad (no agotar la vía de apremio, en la STS de 24 de noviembre de 1988), lo que no quiere decir (según la STS de 21 de noviembre de 1915) que para ejercitar esta acción resulte imprescindible haber deducido otra de antemano» ²⁷.

Estos tres matices de la subsidiariedad deben darse conjuntamente. Es decir, la acción es subsidiaria y si el perjuicio se puede solucionar desde el punto de vista jurídico, o el económico o el procesal, entonces, no procederá la rescisión del negocio fraudulento.

En mi opinión, podemos simplificar algo este triple punto de vista de la subsidiariedad. Lo importante es *que exista un perjuicio* (imposibilidad de cobro –lo que equivale a decir subsidiariedad desde el punto de vista económico–) y la *falta de otros remedios jurídicos para resarcirse de dicho perjuicio* (subsidiariedad jurídica y procesal).

Planteado de este modo el asunto quiero denunciar una práctica peligrosa, frecuente y cómoda que vengo observando en el estudio de la jurisprudencia y de los textos doctrinales. La tentación de equiparar insolvencia y subsidiariedad.

Cuando un asunto de fraude de acreedores llega a un juzgado, el Juez casi automáticamente analiza en el supuesto concreto si se dan los requisitos que son necesarios para aceptar la demanda.

dores. El «Banco de Bilbao» acudió a casación, alegando la posibilidad de que el deudor obtuviese bienes por medios diferentes a la rescisión de la hipoteca. El Tribunal Supremo afirma: «Frente a estas alegaciones debe afirmarse, en primer lugar, que no existe documento alguno en el proceso que, por su sola lectura, demuestre que el deudor tenía más bienes que el bien hipotecado, pues las dos fincas a las cuales se refiere, constan inscritas a favor de terceras personas y su recuperación, para el patrimonio del deudor, tendría que ir precedida del hipotético ejercicio de acciones tendientes a anular operaciones anteriores a la constitución de hipoteca». Razón por la que, atendiendo a la letra de la ley, sería suficiente para replantearse la aceptación de la Pauliana, pues anulando dichas operaciones es posible que aumentase el patrimonio, cosa que no hace el Alto Tribunal. El segundo caso es más frecuente. Realizado un negocio con causa ilícita o simulado con finalidad fraudulenta para los acreedores se pide la rescisión en vez de la ilicitud de causa o la simulación del negocio.

²⁶ Como trataremos de demostrar próximamente no debe hacerse coincidir este requisito con la insolvencia, sino con la existencia de perjuicio, lo que sí va íntimamente unido a la falta de bienes que garanticen la deuda.

²⁷ STS de 24 de noviembre de 1988 Aranzadi, ref. 8705, comentada en CCJC, núm. 481, por PASQUAU LIAÑO, y 27 de mayo de 1922, Aranzadi, ref. 4386, en las que se sienta la doctrina de que «al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por... no es dable estimar como probada su imposibilidad para resarcirse del crédito».

Estos requisitos han sido puestos de manifiesto y perfilados en multitud de ocasiones por la jurisprudencia. Seguramente es por una cuestión de prueba, pero en la mayoría de las sentencias en las que se aborda el problema de la acción pauliana, el requisito en el que se suele centrar el estudio y de los que resultan más problemático es el tema de la existencia de insolvencia o no. Por ello, también, quizá ha sido el requisito que más ha sido perfilado por el Tribunal Supremo. Cuándo existe o no, en qué momento se debe apreciar, quién debe probarla ²⁸, etc., son temas que frecuentemente se encuentran resueltos en los considerandos de multitud de sentencias.

También se puede apreciar como, después de haber comprobado la insolvencia del deudor –así como la existencia de la deuda y otros extremos referentes al fraude– casi automáticamente se acepta la demanda y se rescinde el negocio realizado en perjuicio del acreedor. Igualmente se suele aludir a la subsidiariedad, pero o bien, como he apuntado antes como «coletilla de estilo», sin aportar nada sustancial al asunto, o íntimamente unido al requisito de la insolvencia ²⁹, como equiparando la existencia ambas, de modo que habiendo insolvencia siempre se dará el requisito de la subsidiariedad y si no la hubiese, no se podría predicar el segundo requisito. Esta idea de identidad entre insolvencia y subsidiariedad puede extraerse de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo ³⁰.

²⁸ Respecto a quién incumbe la prueba de la insolvencia es una doctrina consolidada la de que es el deudor quien debe señalar bienes sobre los que el acreedor pueda ejecutar un posible embargo. La STS de 30 de enero de 1986, Aranzadi, ref. 338 afirmaba: «Desde otro punto de vista, siendo el embargo diligencia ejecutiva de una deuda, es al deudor a quien incumbe el señalamiento de bienes en que hacer traba o la manifestación de que carece de ellos, no siendo la actora ejecutante quien tiene a este respecto que probar un hecho negativo (la inexistencia de bienes) sino el deudor el que para evitar una posible responsabilidad penal por ocultación de bienes ha de presentarlos a embargo y no situarse en una simulada insolvencia, y cuando no los aporta cabe la concreta suposición en su beneficio de que no los posee. Desde otro punto de vista, siendo el embargo diligencia ejecutiva de una deuda, es al deudor a quien incumbe el señalamiento de bienes en que hacer traba o la manifestación de que carece de ellos, no siendo la actora ejecutante quien tiene a este respecto que probar un hecho negativo (la inexistencia de bienes) sino el deudor el que para evitar una posible responsabilidad penal por ocultación de bienes ha de presentarlos a embargo y no situarse en una simulada insolvencia, y cuando no los aporta cabe la concreta suposición en su beneficio de que no los posee».

²⁹ STS de 31 de marzo de 1989, Aranzadi, ref. 2289, al hablar de los requisitos de la Acción Pauliana afirma: «Que el deudor carezca de bienes suficientes para atender al pago del crédito en cuestión, lo que, en definitiva, integra el llamado requisito de la subsidiariedad de esta acción, que establecen el citado artículo 1111 y, de manera más explícita, el artículo 1294 del mismo».

³⁰ STS 24 de julio de 1998, Aranzadi, ref. 6139; STS 15 de junio de 1988, Aranzadi, ref. 4897; STS 31 de diciembre de 1997, Aranzadi, ref. 9412; STS de 13 de septiembre de 1995, Aranzadi, ref. 2389; STS de 4 de septiembre de 1995, Aranzadi, ref. 6490, entre otras muchas.

Es cierto que en ninguna de ellas se habla de dicha identidad. También es cierto que para que se pueda hablar de subsidiariedad –entendida en el sentido de imposibilidad de cobro– es imprescindible que exista insolvencia. Por ello, lo que nos debemos preguntar no es si siempre que hay imposibilidad de cobro hay insolvencia. La pregunta acertada es sí siempre que hay insolvencia hay imposibilidad de cobro.

Para responder a esta pregunta debemos plantearnos qué significa imposibilidad de cobro. Es sabido que la obligación de pago de una deuda está garantizada con el patrimonio del deudor. Que del incumplimiento de la obligación surge la responsabilidad patrimonial del artículo 1911 y que desde este punto de vista la responsabilidad por el incumplimiento es un elemento más de la obligación. Toda obligación conlleva una garantía patrimonial universal. Por ello, sólo si hay insolvencia entendida como ausencia de bienes patrimoniales con los que responder de una obligación, podremos afirmar que hay imposibilidad de cobro.

Mediante este razonamiento podemos llegar a afirmar que si el patrimonio que garantiza una obligación es único e individual, la insolvencia del titular de dicho patrimonio supondrá la imposibilidad de cobro por parte del deudor. De modo que si dicha insolvencia se ha producido fraudulentamente el negocio que la provocó sería susceptible de ser impugnado. Dicho con otras palabras. En estos supuestos –salvando el problema del fraude y su prueba– siempre que hay insolvencia hay imposibilidad de cobro por otros medios³¹.

Sin embargo, la garantía patrimonial del artículo 1911 no es la única, aunque sí la mínima³², de la que puede gozar una obligación. La seguridad en el cumplimiento de la obligación puede ser reforzada con la adopción de garantías personales o reales que sean complementarias de la garantía universal. Citemos los casos de solidaridad pasiva, la fianza –solidaria o no–, la afección de bienes al pago de una deuda, etc. En todos estos supuestos la insolvencia o ausencia de bienes en el patrimonio del obligado no significa imposibilidad de cobro. Será posible, si se demostrase dicha insolvencia, dirigirse al patrimonio de los deudores solidarios, al patrimonio del fiador e incluso ejecutar el bien afecto, aunque sea propiedad de un tercero que nada tenga que ver con la relación obligatoria.

³¹ Salvo declaración de nulidad de un negocio previo o algún tipo de ineficacia, lo que estudiaremos más adelante.

³² Al menos legalmente, pues convencionalmente es posible disminuirla.

No parece correcto, pues, hablar de identidad de conceptos entre insolvencia e imposibilidad de cobro. Sí que son más próximas las ideas de imposibilidad de cobro y ausencia de garantía patrimonial³³ y por tanto existencia de perjuicio o daño³⁴.

Acreditada la existencia de perjuicio habremos salvado el «requisito de la subsidiariedad económica». Tendremos certeza de que utilizando cualquier mecanismo jurídico no encontraremos bienes presentes garantes del crédito. Pero a pesar de ello aun nos quedará, para poder ejercitar con éxito la acción, que no sea posible atraer al patri-

³³ MARTÍN PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en *CCJC*, 40 núm.1077, pp. 163 y ss, afirmando: «Esa conexión entre subsidiariedad e insolvencia no es tan obvia en las obligaciones con pluralidad de deudores, como es el caso del crédito garantizado por una fianza u otra garantía a cargo de tercero, o cuando se trata de una deuda solidaria: el acreedor puede elegir un deudor y perseguir sus bienes hasta constatar su insolvencia, pero ello no significa necesariamente que carezca "de todo otro recurso legal" para obtener el cobro, desde el momento en que existen otro u otros obligados cuyos patrimonios quedaron igualmente afectos a responder de la misma deuda. La constatación de la insolvencia de uno de los coobligados no es suficiente para dejar expedita la vía rescisoria. Y ello no sólo porque no se haya respetado el requisito de la subsidiariedad, sino porque si el crédito está protegido por otros medios de cobro, mientras permanezca algún codeudor solvente, el negocio fraudulento no ha creado un perjuicio económico para el acreedor en el sentido de "imposibilidad para lograr la satisfacción de su crédito" (así lo define DE CASTRO, F. "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial", *RDP*, 1932, p. 214)». En este mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, según este autor: «En primer lugar, es posible que el deudor tenga bienes, y en este sentido no sea insolvente, pero que el acreedor resulte igualmente perjudicado, si esos bienes no cuentan para posibilitar la satisfacción coactiva del acreedor: bien porque se trata de bienes del deudor ocultos; o si son bienes de difícil o imposible ejecución, como los situados fuera de la jurisdicción nacional; o si están gravados o vinculados a otro acreedor con privilegio especial que se impondrá al acreedor ordinario si éste intenta ejecutarlos. Por otra parte, la insolvencia patrimonial del deudor no agota todo el contenido del *eventus damni* de la acción pauliana o, dicho de otro modo, no siempre comporta ese perjuicio último que justifica el recurso la impugnación del artículo 1111. Porque no sólo hace falta que el acreedor, antes de impugnar, haya perseguido todos los bienes de que esté en posesión el deudor (poniendo en evidencia que el deudor no dispone de bienes para ser ejecutados), sino que el acreedor legitimado para ejercer la acción pauliana es aquel que no puede de otro modo cobrar lo que se le debe (art. 1291.3.º). Es decir, que por expresa configuración de la acción pauliana en nuestro Ordenamiento (a diferencia de otros Ordenamientos vecinos), esta impugnación se configura como subsidiaria respecto a otros modos que permitan igualmente la satisfacción del acreedor. En consecuencia, no hay perjuicio, o, al menos, perjuicio pauliano, si, aunque el deudor sea insolvente, el acreedor puede cobrar su crédito ejecutando el patrimonio de otros sujetos distintos del deudor principal o del deudor ejecutado. ¿Cuáles son esos otros sujetos? Pues un fiador, u otros codeudores (en el caso de obligaciones solidarias); o bienes, si se ha reclamado y ejecutado a un cofiador, el propio deudor principal (acaso por haberse pactado la fianza como solidaria, el acreedor no había reclamado previamente, no estaba obligado, al deudor principal) u otros cofiadores solidarios».

³⁴ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 74. «Quizá hasta ahora, al considerar la acción revocatoria, se haya hecho demasiado énfasis en la idea de insolvencia del deudor y poco en la de perjuicio del acreedor, cuando rectamente miradas las cosas parece que es esta última el factor desencadenante del mecanismo que nos ocupa. La acción pauliana no debe mirar tanto al estado de insolvencia patrimonial del deudor como al hecho de que el acto dispositivo fraudulento de éste ha provocado el perjuicio al acreedor de que ya no puede satisfacer cómoda y cumplidamente su derecho. Como dice Puig Brutau, la insolvencia se apoya en la carencia de bienes; la acción pauliana en la carencia de bienes conocidos o de dificultoso cobro».

monio del deudor bienes que hubiesen salido irregularmente o que, aun sin salir irregularmente, fuese posible recuperarlos o ingresarlos por primera vez mediante el ejercicio previo de la acción subrogatoria. Como dice Albaladejo: «Lo que sí tiene interés examinar es si para usar la revocatoria, no solamente no ha de tener bienes el deudor, sino tampoco derechos que pueda ejercitar el acreedor por subrogación, y así cobrar el acreedor, sin necesidad de revocatoria. Sería como decir que la revocatoria no cabe sino cuando no tiene bienes el deudor, y además no cabe la subrogatoria. Yo creo que presupuesto que la revocatoria exige es carecer de otro medio de satisfacer el crédito, hay que estimar que sólo procede después de la subrogatoria, o cuando esta no sea posible. Así se sigue de los artículos 1291.3.º y 1294, que acumulados al 1111, por lo que toca a la revocatoria, piden, para poder usar ésta, la falta de bienes que el dicho artículo 1111 exige para la subrogación, y, además, la falta de derechos ejercitables por subrogación. Añádase a ello que siempre parece más razonable para cobrarse ejercitar derechos del deudor que deshacer lo que éste haya hecho»³⁵. Pero esta utilización de la acción subrogatoria previamente a la acción rescisoria habría que verla con reserva, pues si bien es cierto que habiendo otro medio jurídico no se podrá ejercitar la acción pauliana, lo mismo podría decirse de la acción oblicua.

Igualmente podrían atraerse bienes al patrimonio del deudor a través de la declaración de nulidad de algún negocio realizado, bien porque lo haya simulado y por tanto nunca hubiesen salido realmente dichos bienes realmente de su patrimonio, bien porque aun habiéndolo hecho, la razón de dicho negocio fuese la de buscar la insolvencia del deudor. En estos casos, y también entendiéndolo de un modo rígido el requisito de la subsidiariedad, no sería posible utilizar la acción pauliana, pues sigue existiendo mecanismos jurídicos capaces de solventar el perjuicio sin necesidad de atacar un negocio válidamente realizado.

No siendo posible encontrar bienes en el patrimonio del deudor ni tampoco atraerlos sin tener que rescindir el negocio válidamente realizado, sólo entonces, podrá rescindirse el contrato fraudulento.

IV. LOS EFECTOS DE LA ACCIÓN PAULIANA Y SU RELACIÓN CON EL REQUISITO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Para abordar con éxito el estudio de la subsidiariedad en la Acción Pauliana no podemos quedarnos en el simple análisis de los

³⁵ ALBALADEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 953.

elementos fácticos que son necesarios para que podamos decir que esta acción es utilizable. Si queremos saber porqué la Acción Pauliana es subsidiaria consideramos conveniente estudiarla, igualmente, desde las consecuencias que de su aplicación se derivan.

Cuando se rescinde un contrato, ¿qué ocurre con él? Aparentemente, el problema está regulado en el artículo 1295 del CC: «La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado». De la redacción de este artículo se desprende, claramente a nuestro entender, que habla de los efectos que provoca la rescisión por lesión, pero no la rescisión por fraude. Es evidente que el deudor defraudado es quien promueve la rescisión del negocio y que él no participa en el contrato rescindido y por tanto, nada tendrá que devolver. Él no quiere resolver su contrato, sino hacer efectivo su crédito a través de la ejecución forzosa cuando se haya solucionado el perjuicio que le han causado gracias a la rescisión del contrato fraudulento.

Tradicionalmente han sido dos las posiciones que se han mantenido respecto a los efectos de la Acción Pauliana.

Por un lado están quienes defiende la disolución absoluta del vínculo contractual. Rescisión equivale en este caso a desaparición de cualquier efecto que haya producido el contrato, salvando la tenencia de los bienes objeto del contrato en poder de terceras personas de buena fe. Esta visión supone una agresión total —en el caso de la Acción Pauliana— a un negocio que en principio reúne dos características que los situarían fuera de una posible impugnación por parte del deudor. Por un lado se trata de un negocio válidamente realizado y por otro de un contrato entre extraños y que, como todos sabemos, excede del ámbito normal de gestión del deudor. La mayor crítica que se le ha hecho a esta postura es que los efectos de la rescisión se equiparan a los de declarar el negocio nulo. Y si los efectos son los mismos, ¿para qué sirve la rescisión?

Por otro lado están quienes afirman que la rescisión del contrato se traduce, por la finalidad propia de la acción, en satisfacer el interés del deudor y que por tanto, solventado el perjuicio, el negocio rescindido debe seguir manteniéndose. Como afirma Cristóbal Montes ³⁶:

«En nuestro Derecho civil nunca ha habido dudas al respecto porque al ser la acción revocatoria una acción rescisoria, por impe-

³⁶ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

rativo legal (art. 1291 CC) tiene que enfrentarse a un acto válido. El acto dispositivo fraudulento del deudor es un acto válido y eficaz que tan sólo sufrirá revocación en la medida que resulte imprescindible para satisfacer el interés del acreedor defraudado. Por tanto, la Acción Pauliana no importa anulación o declaración de ineficacia de dicho acto y tan sólo frente al acreedor que la insta. Como dice Messineo, se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace inoponible al acreedor que impugna y queda neutralizado respecto a él, constituyendo, además, un caso de ineficacia sobrevenida.

No siendo, por tanto, acción dirigida a la invalidez del acto dispositivo, el éxito de la acción revocatoria no perjudica los efectos del mismo, salvo la limitada consecuencia de su ineficacia relativa. Además, si el acto fuese nulo o anulable, resultaría superfluo impugnarlo con la revocatoria; bastaría la acción de nulidad o, respectivamente, de anulación.

La doctrina española (de Castro, Albaladejo, Díez Picazo, Lacruz) es unánime en considerar que la acción revocatoria triunfante provoca la ineficacia relativa del acto dispositivo, y aunque no con la misma claridad, pero participando de la misma concepción, también la jurisprudencia (SS de 10 de diciembre de 1904, 27 de junio de 1907, 26 de marzo de 1923, 14 de marzo de 1932, 14 de junio de 1958, etc.).

Semejante relatividad de la ineficacia que depara demuestra con total claridad que no se trata de una acción de nulidad. Como dice el profesor Lacruz, el Código Civil la coloca entre las rescisorias, que se trata de una rescisión *sui generis*, instada por un tercero y no por un contratante; sin alcance frente al deudor que enajenó los bienes a un tercero de buena fe (falta del *consilium fraudis*), limitada a lo preciso para que cobre el acreedor demandante, sin participación de los otros acreedores; y evitable mediante el pago de la deuda y los daños y perjuicios (Sentencia de 25 de junio de 1907). Todo lo cual aleja la acción igualmente del género de la nulidad; aparte de que cada acción puede transformarse en una de daños frente al adquirente de mala fe que no pueda restituir, por haber destruido la cosa o haberla vendido a un tercero.

Triunfante la acción revocatoria, la sentencia que pronuncie la ineficacia del acto dispositivo no hace entrar el bien en el patrimonio del deudor, ya que no se trata de una sentencia constitutiva con la finalidad de la readquisición del bien por parte del deudor. Éste no vuelve a ser propietario del bien enajenado, sino que tiene lugar una suerte de recomposición ficticia por la que figura como si dicho bien no hubiera llegado a salir del patrimonio del deudor y que se

reintegra al mismo tan sólo en relación al acreedor impugnante y en la medida del crédito defraudado.

Por lo que acierta Albaladejo al advertir que el efecto de la pauliana no es exactamente revocar el acto atacado, sino que éste no cuenta frente al acreedor que la ejercita. Trátase tan sólo de dotar al acreedor de un título que le permita sujetar el bien a sus ulteriores acciones y para que pueda promoverlas frente a los terceros adquirentes, ya que según establece el artículo 2902 del CC, «el acreedor, obtenida la declaración de ineficacia puede promover frente a los terceros adquirentes las acciones ejecutivas o conservativas sobre los bienes que constituyen objeto del acto impugnado».

La revocación del acto dispositivo del deudor simplemente produce una declaración de ineficacia del mismo, ineficacia que es del todo relativa, ya que el acto en cuestión, en cuanto válido, continúa teniendo la eficacia procedente y salvable tanto *inter partes* como *erga omnes onanes*, hasta el punto de que el propio acreedor accionante en vía revocatoria no puede desconocer la enajenación efectuada, salvo en la medida en que la misma colida y dañe su derecho de crédito. Como dice Nicoló, «a consecuencia de la revocación el acreedor persigue los bienes frente al tercero como si los mismos no hubieran salido del patrimonio del deudor, o, para ser más exactos, como si tuviese sobre ellos un derecho de persecución, cual el que tendría a su favor si los bienes se hallasen gravados por hipoteca».

Disculpándonos por esta larga cita, que creo suficientemente expresiva de la postura mayoritaria, podemos llegar a la conclusión de que la rescisión sería una especie de inoponibilidad (no tanto en su mecanismo ejecutivo como en las consecuencias prácticas a las que se llega con su utilización) del negocio realizado frente a aquellos a los que se les cause un perjuicio.

Es evidente, que ciñéndonos al carácter subsidiario de la Acción Pauliana, éste sería mucho más lógico, desde el primer punto de vista que desde el segundo. En el primero existiría una razón por la que restringir al máximo la utilización de la Acción Pauliana, como es mantener la parte del negocio que no causa perjuicio. Si observamos los efectos de la Acción desde la segunda posición, en la que tan sólo se declara la ineficacia de aquello que causa el perjuicio, ¿porqué además el ejercicio de la acción debe ser subsidiario? Quizá sería más lógico poner una mayor atención al hecho de si se produce el perjuicio y si éste ha sido motivado por la actitud fraudulenta de los contratantes. Pero una vez verificadas dichas circunstancias, la utilización del remedio, en la medida justa que sane el perjuicio, debería ser casi automática.

Ello nos lleva a pensar que cuando hablamos de subsidiariedad de la Acción Pauliana nos referimos a que hay que ser estrictos en su utilización y por tanto exigentes a la hora de probar que se dan los presupuestos de hecho que conllevan la rescisión de negocio –sobre todo la existencia de perjuicio económico entendido como falta de garantía– o que el requisito de la subsidiariedad es absurdo, pues en supuestos fronterizos entre la rescisión del negocio por fraude y la nulidad del mismo –como sería la existencia de una causa ilícita–, debido precisamente al juego de la subsidiariedad, se debería optar por la solución que menos mantiene el negocio realizado.

V. DISTINTOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE PODRÍA APRECIAR EL JUEGO DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA

1. LA PLURALIDAD DE PATRIMONIOS GARANTES DE UNA DEUDA

a) *La solidaridad*

Como es sabido, en las obligaciones solidarias todos los deudores son responsables del total de la deuda y que por tanto cada uno de sus patrimonios responden íntegramente del total de la obligación. Si el acreedor se dirige contra un deudor y éste no puede pagarle, sigue teniendo la posibilidad de dirigirse contra el resto de codeudores. La pregunta surge cuando la imposibilidad de pagar del deudor contra el que se ha dirigido es consecuencia de una actitud fraudulenta del propio deudor en colaboración con un tercero. ¿Puede entonces ejercitar la Acción Pauliana o por el contrario, previamente debe haberse cerciorado de la imposibilidad de cobrar al resto de codeudores?

Este problema se planteó en la STS de 3 de octubre de 1995 ³⁷. El Tribunal no concedió la rescisión de la compraventa del inmue-

³⁷ STS de 3 de octubre de 1995, Aranzadi, ref. 7178. Se trata de un caso en el que «Banco Pastor» hizo una póliza de crédito a favor de una sociedad de responsabilidad limitada llamada «Citola», la cual estaba garantizada con aval solidario por varias personas, entre ellas, María Dolores P. T. Se incumple con la obligación de devolver y el banco procede al embargo de un bien de la avalista solidaria. Al ir a anotar el embargo en el registro, se encuentra con que el bien ha sido vendido a una tía de la demandada llamada Carmen, justo un par de días después de realizado el embargo y dos días antes de que se procediera a la anotación preventiva de embargo, que por lo tanto se vio frustrada. El banco demandó a tía y sobrina, solicitando la rescisión por fraude de acreedores del negocio realizado. El Juez de 1ª instancia desestimó la demanda. La audiencia ratificó esta deci-

ble, pero no por la razón aducida por los Tribunales de Instancia —el no haber demostrado la insolvencia del resto de codeudores—. Declaró la eficacia del negocio al no haberse podido demostrar la complicidad de la tía en el fraude ideado por su sobrina al realizar la venta. Sin embargo, el alto Tribunal, de no haber sido por este detalle, hubiese declarado la rescisión por fraude, pues no conside-

sión. No indica la razón, pero de los considerandos de la sentencia se desprende que el «Banco Pastor» no fue capaz de demostrar la insolvencia del resto de codeudores, los cuales, por un fallo suyo, no fueron parte del proceso, pues no fueron demandados. Se interpuso recurso de casación.

El primer motivo se refiere a indefensión y mala aplicación de la ley procesal. El problema radica en que no se dejó al «Banco Pastor», en la instancia, hacer una nueva prueba. Esta prueba sería la de la insolvencia del resto de deudores, pues en el juicio de rescisión, a lo único a lo que se le dio traslado de un anterior procedimiento de embargo fue al mandamiento de embargo contra la demandada. Por lo tanto, nada se demostró de la insolvencia del resto de codeudores. Creo que esa fue la razón de la desestimación de la demanda en 1.ª y 2.ª instancia.

El TS no acepta este motivo pues dice que el traslado de dicho procedimiento de embargo fue una prueba para mejor proveer del Juez, por tanto, no solicitada por el Abogado del banco. Por ello, no hay indefensión en no completar la prueba en 2.ª instancia, pues no se pidió en ningún momento por la parte. De esto cabe preguntarse si cuando se demanda la rescisión de un contrato realizado en fraude de acreedores por uno solo de los codeudores solidarios es necesario demandar a todos los codeudores para atestiguar o demostrar su insolvencia. Parecería lógico, pues si no son insolventes, existiría otro modo de cobro, no se habría producido el perjuicio al acreedor, lo que impediría el ejercicio de la acción rescisoria por su carácter fraudulento.

Pero acepta el Tribunal Supremo que no es necesario demostrar la insolvencia del resto de deudores solidarios para ejercitar la acción de rescisión. Basta con la insolvencia del demandado. Dice concretamente que *«el carácter subsidiario de la acción rescisoria, no impone al acreedor la demostración de la insolvencia de los restantes deudores»*. En mi opinión esta doctrina es errónea, aunque puede que en este caso sea el único modo de solución justa ante el mal planeamiento por parte del abogado de la entidad demandante, pues realmente parece que existía insolvencia por parte del resto de codeudores, como se desprende de la sentencia al afirmar que *«la señora T. P. no pudo demostrar que ni el deudor principal, ni el resto de cofiadores poseían bienes»*.

Lo curioso es que después de todo no conceden la rescisión del contrato por no haberse probado la participación en el fraude de la compradora del piso, tía de la defraudadora.

También en la STS de 7 de diciembre de 1989, Aranzadi, ref. 8813, se planteó un caso similar. El acreedor se dirigió contra los avalistas solidarios solicitando la rescisión de una donación que había realizado en favor de un hijo, en vez de dirigirse contra el deudor directo de la entidad financiera. El afirma que *«ni tampoco, es admisible pretender que la posición de los avalistas sea subsidiaria respecto al deudor principal, pues cuando se pacta la solidaridad, el acreedor puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de los firmantes de la obligación, lo contrario sería desconocer las prescripciones de los arts. 1137 1144 del Código. Lo así dicho, evidencia que la entidad actora podría accionar directamente contra el matrimonio codemandado y prescindir de la posible solvencia o insolvencia del deudor principal, su hijo José Luis, los que, por otro lado, bien pudieron señalar en el juicio ejecutivo bienes pertenecientes al hijo en cuantía suficiente como para haber intentado evitar el embargo recaído en bienes de los padres, y, también, es evidente que como la acción se dirige contra el matrimonio avalista, es la situación patrimonial de éstos, la que importa e interesa en punto a fijar la carencia del deudor de disponer de "otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio", sobre cuyo extremo ha quedado inalterado el antecedente fáctico recogido en el apartado d) del fundamento segundo de la sentencia impugnada»*.

ró argumento suficiente para impedirlo el hecho de que no se hubiese demostrado la insolvencia de los demás avalistas. Según su opinión, la imposibilidad de cobro de la deuda debe reducirse a comprobar la existencia de bienes en el patrimonio del avalista demandado, independientemente de la existencia de bienes suficientes en los patrimonios del resto de avalistas solidarios. Según el Tribunal Supremo, en los casos de deudas solidarias o garantizadas con aval solidario, quiebra el principio de la subsidiariedad³⁸. Como afirma Fernández Campos³⁹, no deja de ser curioso que justo en el supuesto en el que puede existir insolvencia sin que cause perjuicio en sentido pauliano, en el que la subsidiariedad se puede diferenciar de la insolvencia, el Tribunal Supremo piense que existe una excepción al principio general. El Tribunal no piensa en el juego del 1911 al ser la deuda solidaria. Se olvida de que la subsidiariedad está íntimamente unida a la garantía –y por tanto a la idea de perjuicio– y algo más alejada de la situación de insolvencia de uno sólo de los obligados.

Es posible pensar, como hace Martín Pérez, que esta argumentación esté fundamentada más en una razón de justicia material que en una aplicación técnica del Ordenamiento. Se puede defender que en determinados casos, como el presente, la investigación de la solvencia o insolvencia del resto de obligados se puede convertir en un inconveniente para el propio demandante⁴⁰.

³⁸ Afirma literalmente la sentencia: «La regla primordial, reconocida explícitamente en el artículo 1294 del Código, acerca de ostentar la acción rescisoria un carácter subsidiario y condicionada a los límites establecidos en dicho artículo y en el número 3.º del 1291, imposibilidad de cobrar del acreedor, de otro modo, la deuda, no admite discusión alguna, pero la misma no cabe entenderla cual un derecho absoluto y quiebra en los supuestos de concurrencia de solidaridad, puesto que, en tales casos, el acreedor puede dirigir su acción contra el deudor que estime más conveniente, como se desprende claramente de las disposiciones contenidas en los artículos 1111, 1137 y 1144 del referido texto legal, posibilidad la expresada que es extensiva para aquellos supuestos de fiadores solidarios, siendo éste, el presupuesto fáctico que caracteriza el tema litigioso, como se evidencia documentalmente por la cláusula adicional de la Póliza de Crédito suscrita entre el “Banco Pastor” y la Sociedad “Citola, S. L” y por expreso reconocimiento en la contestación a la demanda. En estos supuestos de solidaridad es la solvencia o insolvencia del deudor o fiador contra quien acciona el acreedor, la que debe ser tenida en cuenta, con independencia del derecho que tiene ese concreto fiador solidario para accionar, a su vez, contra el deudor principal y los demás cofiadores».

³⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, *op. cit.*, La Ley, núm. 4060.

⁴⁰ MARTÍN PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de octubre de 1995», en CCJC. «La protección del crédito, que es la finalidad última perseguida por la fianza y por la propia acción revocatoria, puede resultar frustrada si se crea la gravosa carga para el acreedor de exigirle que se dirija contra todos y cada uno de tales deudores e inicie procedimientos dilatorios, a menudo inútiles, y con elevados costes que tendrá de afrontar, además de contemplar cómo el transcurso del tiempo juega en favor de la dinámica del fraude. Al final, la solidaridad establecida para facilitar la satisfacción del crédito, acabará perjudicándole e incluso impidiendo el cobro».

Pero a pesar de ello nos parece criticable la opinión expresada en la sentencia ⁴¹. Nadie obliga a una persona a garantizar el crédito que tiene a su favor con una garantía o a hacer corresponsables de una deuda a otros patrimonios. Esto es sin duda una ventaja y una tranquilidad para el acreedor. Si se actúa correctamente a la hora de pedir una responsabilidad ante el incumplimiento, en la demanda se deberá citar a todos los interesados, pues en caso contrario lo que se hace es renunciar a parte de la garantía adquirida, por lo menos en ese procedimiento. Pero es más. Si no se demanda a todos los obligados, se corre el riesgo de que ante la imposibilidad de cobro por la insolvencia de los llamados, sea imposible el ejercicio de la Acción Pauliana por los actos fraudulentos que hayan cometido, pues existen remedios para intentar el cobro sin necesidad de deshacer un negocio válido. Pero esto no es un fallo del sistema. Es un fallo en la formulación correcta de la demanda.

Se podrá decir que es injusto dirigirse previamente al patrimonio de los codeudores antes de rescindir por fraude un negocio en el que se han puesto de acuerdo las partes para perjudicar a un tercero, obligando con ello a un nuevo procedimiento en el caso de no haber sido demandados todos previamente. Pero debemos recordar que el negocio rescindible es un negocio válido ⁴². Que, como afirma la jurisprudencia, no se requiere una colaboración consciente de quien participa en el negocio y no es deudor. Basta con que tenga conocimiento o haya podido tener conocimiento de la situación en la que la realización de dicho negocio deja a la otra parte en el contrato. Es más, en caso de que conociese y aceptase la situación provocada por

⁴¹ Coincidimos en esta opinión con ALBALADEJO, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 957: «Realmente, en principio, el acreedor puede escoger el deudor de quien cobra, y, a base de esa razón, cabría entender que la insolvencia del que escoja, le autoriza a pedir la revocación de los actos que éste hubiese otorgado en fraude de su crédito. Hasta aquí, bien, pero a la vista del artículo 1294 (según el cual la revocación “no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio”) parece que ha de admitirse que –siendo un recurso legal para satisfacer su crédito el obtener el cobro de éste de otro deudor solidario solvente– pudiendo cobrar de otro deudor solidario, no cabe pedir la revocación del acto fraudulento otorgado por aquel a quien se intentó cobrar primeramente».

⁴² Es fundamental a este respecto la diferencia entre la realización de un negocio simulado (ausencia de causa) con fin defraudatorio, un negocio con causa ilícita y la realización de un negocio perfecto con el mismo propósito. «Se distingue, netamente, de una serie de conceptos afines. En la simulación existe un tercero a quien se trata de perjudicar, pero, en cambio, el negocio no existe, o si existe (disimulado) se exorna de falsas apariencias. El la causa ilícita, el motivo, base jurídica del negocio entre las partes, está repudiado por completo, según la moral recibida en el derecho, el negocio es nulo, pues la causa está viciada de modo insanable; en el negocio fraudulento no existe una inmoralidad capaz de viciar el negocio entre las partes; como no puede manifestarse más que en relación a un tercero, sólo respecto de éste se declara el negocio ineficaz». DE CASTRO, «La acción Pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los arts. 1911 y 1111 del CC», en *RDJ*, 1932, p. 220.

el negocio fraudulento realizado y la provocación de dicha situación fuese la razón principal por la que ambas parte lo negociaron, podría ser dudoso que fuese aplicable la normativa sobre la rescisión de los contratos, pues, precisamente por su carácter subsidiario, habría de ceder en su aplicación frente a la posibilidad de declarar nulo el negocio por ilicitud de causa ⁴³.

Quizá por ello se pueda considerar abusivo –en el sentido jurídico de la palabra– el empeño del acreedor de rescindir un contrato válidamente celebrado cuando puede satisfacer su crédito con alguno de los bienes que originariamente estaban sujetos al cumplimiento de la obligación a través de la garantía universal patrimonial, sin necesidad de inmiscuir a un tercero ⁴⁴.

Una última cuestión a este respecto. Creo que será indiferente que el deudor que realiza el negocio fraudulento lo realice antes o después de que haya sido demandado por el acreedor, antes o después de que se haya decretado el embargo de los bienes. En este último caso –venta de bienes ya embargados– el negocio podría ser rescindido, además, por enajenación de bienes litigiosos.

b) *Subsidiariedad y garantía personal*

La garantía personal por excelencia es la fianza. Nos vamos a centrar en ella, a modo de ejemplo, para ver cómo puede afectar su presencia el ámbito de la Acción Pauliana. Imaginemos el siguiente supuesto. Un deudor principal y un acreedor. La obligación está garantizada mediante una fianza. Si el deudor principal, a través de procedimientos fraudulentos, consigue quedar en situación de insolvencia, ¿puede el acreedor utilizar la Acción Pauliana para rescindir dichos negocios fraudulentos o por el contrario deberá previamente dirigirse contra el avalista utilizando la garantía previamente pactada? ¿Y si fuese el avalista el que, ante el temor de tener que responder de las deudas del deudor principal, antes de que éste quedase insolvente, provocase su situación de insolvencia a fin de no poder responder ante el hipotético incumplimiento de la persona garantizada?

Hemos de comenzar poniendo de manifiesto la dificultad de encontrar una situación como la previamente descrita en la práctica. Sistemáticamente, en las sentencias consultadas, nos encontramos con fianzas solidarias, con renuncia del beneficio de excusión, división y orden. Por lo cual, a los efectos que este trabajo pretende desarrollar lo equiparan a una deuda solidaria, de la que previamente hemos hablado.

⁴³ A este respecto nos referiremos más adelante con especial atención.

⁴⁴ Vid. STS 15 de septiembre de 1997, Aranzadi, ref. 6452.

¿Puede el deudor rescindir el negocio fraudulento realizado por el deudor principal antes de utilizar la fianza que garantiza el crédito? ¿Puede el fiador, utilizando el beneficio de excusión, además de señalar bienes del deudor, obligar a utilizar al acreedor la Acción Pauliana contra el acto fraudulento del deudor? ¿Puede el deudor y el tercero contratante alegar la existencia de una fianza para evitar la rescisión del negocio fraudulento? Parece que aquí se puede producir una confrontación entre el beneficio de excusión del fiador y el carácter subsidiario de la acción rescisoria.

El artículo 1830 del CC habla de la posibilidad del garante de señalar bienes ⁴⁵ en el patrimonio del deudor. Si el deudor no tiene bienes, cualquiera que sea la razón, parece que el acreedor podrá hacer uso de la garantía pactada. Por tanto pienso que existiendo bienes suficientes en los patrimonios de las personas obligadas a responder de la deuda (entre las que evidentemente está el fiador), no debería permitírsele al deudor el ejercicio de la Acción Pauliana, pues no se produce perjuicio en el sentido de no existir otro medio de cobro ⁴⁶. Por el contrario, si el acto fraudulento causa la imposibilidad de cobro, éste tendrá la posibilidad de rescindir por fraude este negocio.

Ahora bien, si por un acto fraudulento el deudor queda insolvente y el acreedor se dirige contra el fiador, una vez que éste haya cumplido con su obligación de pago, podrá dirigirse contra el deudor y, en mi opinión, podrá utilizar la acción pauliana para rescindir el negocio fraudulento realizado por el afianzado pues, en este caso, sí que no existe otro medio de cobro para quien presta la garantía. Y esto a pesar de que se pueda pensar que el nacimiento de la deuda del fiador contra el afianzado es posterior a la realización del negocio fraudulento, si se piensa que la obligación surge ante el pago del avalista al acreedor del avalado ⁴⁷. El propio artículo 1839 afirma que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor» y si bien es cierto que el deudor no podía utilizar la acción pauliana era precisamente por la presencia de la garantía del fiador, la cual ya ha desaparecido. También es cierto que desde un punto de vista formalista, el propio código concede

⁴⁵ Al hablar de bienes entiendo que se incluyen aquellos derechos cuya realización tenga como consecuencia la entrada de bienes en el patrimonio del deudor. Pero hemos de poner de manifiesto que el deudor no está legitimado activamente para solicitar el fraude del negocio que él mismo ha realizado.

⁴⁶ *STS 15 de septiembre de 1997, Aranzadi, ref. 6452.*

⁴⁷ La polémica sobre si en la situación de una deuda garantizada con fianza existe una única obligación con pluralidad de sujetos o por el contrario coexisten dos obligaciones distintas ha sido suficientemente tratada por nuestra doctrina. *Vid. GUILARTE, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, EDESA, tomo XXIII, p. 11, y CASANOVAS, A., La relación obligatoria de Fianza, Barcelona, 1984.*

una acción al fiador –acción de cobertura– tendente «a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor»⁴⁸. Sin embargo, en mi opinión esta posibilidad ofrecida por el Ordenamiento al avalista no es impedimento para la utilización de la acción sino más bien lo contrario. Es el reconocimiento de que la situación de solvencia o insolvencia del deudor principal es de interés para el avalista, al cual se le deben otorgar todos los medios necesarios para la defensa de sus intereses.

c) *Subsidiariedad y acción directa*

¿Puede el acreedor que tiene la posibilidad de ejercitar una acción directa, rescindir por fraude un negocio de su deudor, sin haber intentado el cobro de la deuda a través de la tercera persona obligada con él? Pensemos en uno de los casos en los que el Código Civil prevé la posibilidad del ejercicio de la acción directa⁴⁹. Pensemos en el supuesto del artículo 1597 CC. La pregunta es si el dueño de los materiales –acreedor del contratista– ante un negocio fraudulento de éste que le sitúe en un estado de insolvencia puede ejercitar la Acción Pauliana o por el contrario debe dirigirse previamente contra el dueño de la obra para que le satisfaga su crédito.

En mi opinión la acción directa consigue que el beneficiado en última instancia de la prestación realizada y que es causa de su derecho de crédito, quede obligado directamente a la satisfacción del mismo, a pesar de no existir un nexo jurídico-contractual sobre el que justificar dicha petición.

Dicho con otras palabras. Con la acción directa se consigue una ampliación de la garantía⁵⁰. La fuente de dicha ampliación no es la voluntad de las partes, sino la finalidad misma de la prestación y el beneficio que ésta produce en quien no ha sido parte del contrato.

Creo que, por lo que respecta al problema que aquí nos planteamos, lo fundamental es que hay otro patrimonio que garantiza el crédito y por tanto, teóricamente, otro modo de cobro que debe inten-

⁴⁸ Art. 1843 CC.

⁴⁹ Un estudio completo de esta figura puede encontrarse en *La acción directa en el Derecho Español*, PASQUAU LIAÑO, Madrid, 1989.

⁵⁰ PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pp. 100 y 101. Al hablar de las notas características predicables de la acción directa afirma: «Constituye un instrumento para la protección de determinados créditos, permitiendo a su titular dirigir su pretensión, indistintamente, contra el propio deudor o contra un determinado deudor de éste, lo que, además de la simplificación procedimental que entraña, genera, por virtud de este encadenamiento de relaciones jurídicas, una especie de “solidaridad pasiva” (obligación “in solidum”) entre ambos deudores, lo que amplía considerablemente la base patrimonial de garantía del crédito, como si de una fianza (solidaria) se tratase».

tarse previamente a la rescisión del negocio fraudulento. No llega a existir perjuicio, pues hay bienes ejecutables que permitirán subsanar las consecuencias del incumplimiento de la obligación.

Lo que ocurre es que la garantía en esta ocasión, al contrario de lo que ocurría cuando la deuda era solidaria o estaba garantizada con fianza voluntaria no nace de la voluntad de las partes. No es que es que el acreedor haya querido garantizar la deuda desde su nacimiento, sino que es el Ordenamiento el que le ofrece esta posibilidad. Sin embargo, nuestro Ordenamiento en esto es claro. La utilización de la acción rescisoria no depende de que la garantía sea de origen legal o voluntario, sino de que exista o no perjuicio. Existiendo perjuicio podemos plantearnos la rescisión del negocio fraudulento. No existiendo perjuicio, debemos descartarlo. No creemos que este origen legal de la garantía haga relajarse el carácter subsidiario de la Acción Pauliana, convirtiéndola en una más de las posibilidades de defensa del acreedor y no en la última de ellas.

d) Por último quiero plantearme otra duda

¿Qué ocurre cuando ante un incumplimiento de la obligación por parte del deudor y una situación de insolvencia del mismo, provocada fraudulentamente, el acreedor puede aun cobrar lo debido por una vía distinta de la contractual, frente a un tercero? El supuesto sería el siguiente. B, deudor de A, incumple su obligación como consecuencia de la actuación de un tercero, C. Como consecuencia de dicha actuación surge la posibilidad de que A demande a C extracontractualmente. A su vez B, con intención de quedar insolvente ante una posible reclamación contractual por parte de A, dona a D bienes, lo que provoca en él un estado de imposibilidad de pago. ¿A podrá rescindir la donación realizada por B o previamente deberá dirigirse extracontractualmente contra C?

Si optamos por mantener la donación, por tratarse de un negocio válido, y mantenemos la necesidad de demandar previamente por vía extracontractual al causante del incumplimiento, defendemos a quien ha participado en el fraude. Por el contrario, si optamos por la rescisión del negocio privamos de eficacia a un negocio válidamente realizado, ignorando que existe otro medio de cobro.

Pero, ¿cobro de qué? Sin duda de la obligación nacida del contrato. Y si se dirige contra el tercero la obligación cobrada sería la nacida de la responsabilidad extracontractual. Por ello, lo que nos debemos preguntar es si existe algún otro medio de cobro de la obligación nacida del contrato que no sea la rescisión de negocio fraudulento. Creemos que no, que en este caso es posible hablar de perjuicio pauliano y por tanto nos inclinamos por la utilización de la acción

rescisoria en este caso. Mediante la utilización de esta acción el acreedor podrá evitar el perjuicio que le ocasiona el estado económico que el negocio creó en su deudor. Pero pensamos que también podrá demandar extracontractualmente al tercero, pidiéndole una indemnización por los daños que el incumplimiento le ha causado ⁵¹.

Además, el caso es complicado, por no decir imposible, de que se dé en la práctica, pues para poder desestimar la acción rescisoria interpuesta, sería necesario probar la existencia de responsabilidad del tercero, quien no ha sido demandado en el proceso.

2. LA EXISTENCIA DE MECANISMOS JURÍDICOS ALTERNATIVOS QUE EVITAN EL PERJUICIO

Junto a los supuestos en los que la duda se plantea en torno a la existencia o no del perjuicio o daño, existe otro conjunto de casos en los que, sin dudar la existencia del mismo, o bien el Ordenamiento ofrece mecanismos específicos para solucionar el fraude (art. 1317 CC, acción de devastación, etc.), o se trata de supuestos en los que el daño se produce a través de la realización de actos nulos (simulación, causa ilícita, etc.). Son estos supuestos los que nos disponemos ahora a estudiar, bien el papel que en ellos cumple el requisito de la subsidiariedad.

a) *El artículo 1317 del Código Civil*

Afirma el artículo 1317 del CC: «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Este artículo trata de proteger a los acreedores que contrataron con uno solo de los cónyuges pero siendo el crédito que tenían ganancial ⁵².

⁵¹ Como ha puesto de manifiesto DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, p. 606, al hablar de la responsabilidad nacida del incumplimiento por causa de la actuación de un tercero: «Esta tesis, sin embargo, conduce a dificultades de orden práctico muy importantes, pues cada una de tales responsabilidades precisa someterse a un régimen jurídico diferente. En primer lugar, se extrae la consecuencia de que no hay solidaridad entre los causantes del daño. Además, las acciones estarían sometidas a diferentes plazos de prescripción y a una diferente valoración del daño y de la culpa. Frente a ello, el resarcimiento tiene que ser unitario, en aplicación del principio non bis in idem. Más lógico parece por tanto considerar el acto de violación conjunta del derecho de crédito como un acto unitario sometido a un régimen también unitario de responsabilidad».

⁵² La deuda ha de ser ganancial, pues si es personal de uno de los cónyuges y se dedujese la liquidación de la sociedad de gananciales, teóricamente no habría ningún perjuicio para el acreedor, salvo que el acto fuese fraudulento y entonces procedería ejercitar la acción rescisoria. Comentario de PASQUAU LIAÑO a la STS de 24 de noviembre de 1988 en *CCJC*, núm. 18, 481.

Por tanto, el patrimonio garante de la deuda era el patrimonio ganancial. Si se disuelve la sociedad de gananciales ¿qué patrimonio garantizará ahora su deuda? Como la liquidación no perjudica los derechos de terceros, no pueden ver disminuida su garantía y por tanto, su garantía será idéntica a la anterior, es decir, el patrimonio del cónyuge con el que contrataron y todos los bienes que tuviesen carácter ganancial y que en la liquidación de la sociedad hayan sido adjudicados al cónyuge no contratante.

Es frecuente que ante una situación económicamente difícil un cónyuge trate de «salvar» parte de su patrimonio a través de una liquidación de la sociedad, atribuyendo al otro bienes fácilmente ejecutables. Éste es, claramente un negocio fraudulento. Pero ¿es rescindible?

Hay autores que piensan que el artículo 1317 no es más que una manifestación específica de la Acción Pauliana para el supuesto de la liquidación de la sociedad conyugal. Ven en el artículo 1317 una rescisión del negocio de disolución en la parte en la que sea perjudicial para terceros.

Otros, por el contrario piensan que lejos de tratarse de una manifestación de la acción rescisoria es un remedio específico y distinto, cuya consecuencia no es en absoluto la rescisión. Lo que hace el artículo 1317 es convertir en inoponible para antiguos acreedores un negocio perfectamente válido y con efectos completos salvo para personas limitadas⁵³.

En el fondo, ambas soluciones tienen efectos prácticos muy parecidos y, de hecho, en Francia, es doctrina admitida que la Acción Pauliana es una acción que persigue la inoponibilidad de determinados actos para los acreedores defraudados⁵⁴. Sin embargo, sí que hay

⁵³ Lo que está fuera de toda duda es que el artículo 1317 no predica la nulidad de las capitulaciones que modifican el régimen ganancial. «Dentro de una jurisprudencia de intereses que aún así aquella indemnidad afectando los bienes adjudicados y el mantenimiento del nuevo régimen capitular, siguiendo así una doctrina especializada que afirma: "frente al fraude de acreedores la acción rescisoria debe tener efecto 'en la parte necesaria' para satisfacer los derechos de un tercero" y cabe negar la nulidad absoluta de las capitulaciones suscritas en fraude de acreedores, pues, parece que ha de buscarse la subsistencia del acto en virtud del principio del favor negotii a salvo de declarar la ineficacia del acto en cuanto perjudique al acreedor, pues, parece que con la declaración de nulidad, y amortización de efectos que conllevaría, se iría más lejos de lo que ante el fraude de acreedores se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la acción pauliana: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso, y, por tanto, los bienes sobre los que aquél recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor; en definitiva, la vulneración del artículo 1317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que, de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 del CC, hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros». STS de 19 de febrero de 1992, Aranzadi, ref. 1320».

⁵⁴ CHABAS, op. cit., p. 1082. «La acción pauliana es una acción de inoponibilidad. Se dice que un contrato es oponible a los acreedores de los contratantes. La acción pauliana es

alguna diferencia entre considerar aplicable el artículo 1317 o la acción pauliana. En los supuestos «normales» de acción pauliana, para que el acreedor pueda ejecutar los bienes que han salido del patrimonio de su deudor es necesario que previamente se rescinda el negocio fraudulento. Por el contrario, el juego del artículo 1317 no hace necesaria la declaración previa de fraude y el acreedor podrá dirigirse contra los antiguos bienes gananciales que están en poder del cónyuge no contratante sin ningún tipo de requisito previo.

¿Cuál es la opinión del Tribunal Supremo en este asunto?
¿Admite que se rescinda la disolución de la sociedad de gananciales realizada fraudulentamente o en virtud de la subsidiariedad de la acción pauliana deberá utilizarse el artículo 1317?

En la mayoría de las sentencias en las que se ha resuelto el problema, la jurisprudencia ha optado por impedir la aplicación del artículo 1111 cuando es posible utilizar el 1317. En los años 80, salvo alguna excepción, se mantuvo constante la siguiente doctrina: «Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291.3. del CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1294 del mismo Cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio –en las que se modificó el régimen económico de gananciales y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)– no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros –artículo 26 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (RCL 1967/704, 756 y NDL 1451), y 1317 del CC–, si el artículo 1401 del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan sus créditos, contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente

el medio que se les ofrece de hacer desaparecer los efectos de esta oponibilidad. Resulta que la acción pauliana no beneficia mas que al acreedor que la ejercita. El acto atacado permanece oponible a cualquier otra persona».

inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1084), es visto que, en el presente caso, no puede afirmarse que el banco actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su créditos, que el ejercicio de la acción rescisoria; sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144.2 del Reglamento hipotecario (*RCL* 1947/476, 642 y *NDL* 18733, tabla distribución, artículo), previendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios»⁵⁵.

A nosotros nos parece exagerada esta posición. Si bien el acreedor podría haber embargado los antiguos bienes gananciales sin necesidad de rescindir el negocio, por el efecto relativo que tiene la rescisión, las consecuencias prácticas serían idénticas, pues solo se dejaría ineficaz la parte de negocio necesaria para que el acreedor se resarciese del perjuicio. La disolución desplegaría toda su eficacia, salvo en la parte rescindida, como lo haría si se hubiesen embargado los bienes directamente. Esta es la idea que parece desprenderse de alguna sentencia del Tribunal Supremo, en la que admite la rescisión (aunque se había pedido la nulidad) de las capitulaciones, aunque bien es cierto, después de haber intentado el cobro infructuosamente y en la que no se hace mención del artículo 1317⁵⁶. Seguramente, en una recta aplicación del principio *iura novit curia*, el Juez debe

⁵⁵ STS de 15 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 681. En el mismo sentido, STS de 17 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 684; 14 de octubre de 1987, Aranzadi, ref. 7099; 17 de noviembre de 1987, Aranzadi, ref. 8406; 25 de enero de 1989, Aranzadi, ref. 124 : 5 de junio de 1990, Aranzadi, ref. 4733; voto particular de la STS de 18 de julio de 1991, Aranzadi, ref. 5399; 7 de noviembre de 1992, Aranzadi, ref. 9098.

⁵⁶ STS de 9 de julio de 1990, Aranzadi, ref. 5788. «Pues, sin dejar de reconocerse que, en puridad técnico-jurídica, los términos “nulidad” y “rescisión” expresan conceptos jurídicos distintos, en el supuesto que nos ocupa aparece con toda evidencia que el primero de los expresados términos que, tal vez con no rigurosa precisión terminológica, utilizan tanto el *petitum*, de la demanda, como el fallo de la sentencia de primer grado, que la de apelación confirma, viene indudablemente empleado no en el sentido estricto que corresponde al concepto técnico-jurídico de la palabra “nulidad” (sea absoluta o relativa), sino al más amplio y genérico, también usado en la práctica forense, de “privación de efectos jurídicos”, que comportan todos los supuestos de ineficacia contractual o negocial, cualquiera que sea la causa determinante de ésta (inexistencia, nulidad radical, anulabilidad, rescisión, resolución)». Con la misma filosofía la STS de 15 de junio de 1992, Aranzadi, ref. 5137: «y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esa tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio, en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados, siguiendo así una reiterada línea jurisprudencial».

tener claro que aunque se utilice la vía pauliana, en el fondo la demandante, quiere que se le resarza del perjuicio sufrido, y le da igual rescindir las capitulaciones parcialmente que dirigirse directamente a embargar bienes del cónyuge no contratante⁵⁷. Técnicamente, el demandante se ha equivocado. Pero en la práctica, esta equivocación no tiene trascendencia ni hay terceros implicados afectados por la misma. ¿No podría el Juez, siendo consciente de la identidad de efectos prácticos y de la ausencia de daños a terceras personas, conceder la rescisión parcial para así facilitar el embargo, en vez de desestimar la demanda por faltar el requisito de la subsidiariedad?

b) *Los artículos 1082 y 1083 del Código Civil*

Por lo que respecta al primero de ellos, se trata de otro supuesto de inoponibilidad de la partición realizada, frente a los acreedores de la herencia. Como ya mantuve en el estudio sobre la partición convencional⁵⁸, la posibilidad de fraude tan sólo es pensable respecto de los herederos personales, pues los herederos de la comunidad hereditaria y los del causante tienen muy garantizada su deuda (sobre todo si las aceptaciones han sido puras y simples), lo que claramente dificulta la posibilidad de que exista perjuicio en el sentido pauliano.

Supuesto distinto es la posibilidad de defraudar a los acreedores personales de los coherederos. Ante esta eventualidad el artículo 1083 permite a los acreedores personales de los herederos intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en contra de sus derechos. No creemos que la no presencia en el acto particional de los acreedores personales implique la imposibilidad de rescindir posteriormente la partición fraudulenta para los intereses del acreedor personal.

El fraude en el acto particional puede producirse como consecuencia de que al deudor heredero se le adjudiquen menos bienes de los que en virtud de su derecho hereditario le corresponde o, inclu-

⁵⁷ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil I*.º, 3.ª edición, p. 104. «A diferencia de los elementos integrantes del objeto del proceso que, rigiendo el principio dispositivo, sólo pueden ser determinados por el actor, la determinación de la calificación jurídica entra en las potestades del órgano jurisdiccional (iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius). El actor puede proponer en la demanda una calificación jurídica (art. 524: los fundamentos de derecho), la calificación jurídica es materia de debate en el proceso, pero el Juez no está vinculado a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso».

⁵⁸ *La Partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996.

so, porque con intención de no cambiar su estado de insolvencia renuncie a su cuota hereditaria, bien simplemente, bien en favor de otra persona. Si lo hace en favor de otra persona deberá considerarse como donación y por tanto, realizada fraudulentamente.

En este supuesto no se produce una salida de bienes en el patrimonio del deudor, sino una no entrada. Desde este punto de vista quizá pudiera pensarse en que el remedio a utilizar sería el de la acción subrogatoria. Sin embargo no se da uno de los presupuestos necesarios para la utilización de esta acción cual es la inactividad del deudor. Además, este supuesto está regulado en el CC, artículo 1001.

«Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél.

La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código». ⁵⁹

Desde este punto de vista, la renuncia fraudulenta de la herencia tampoco es oponible a los acreedores personales del heredero.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido la rescisión de particiones realizadas en fraude de los derechos de los acreedores, aunque es cierto que no se trataba de acreedores de herederos, sino del viudo, que tenía la consideración de legitimario. En la STS de 27 de noviembre de 1991 ⁶⁰ el Alto Tribunal ordenó la rescisión de una liquidación de sociedad de gananciales y de una partición de herencia en las que el cónyuge viudo había renunciado en favor de determinadas personas a su cuota en la sociedad de gananciales y a su participación legal legitimaria. Un acreedor personal del viudo impugnó los actos por considerar que se habían realizado en fraude de sus derechos crediticios y siendo la única manera que tenía de cobrar lo que se le debía, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia concediendo la rescisión de los negocios ⁶¹.

Es más, en un supuesto muy similar como puede ser la división de una copropiedad, el artículo 403 del CC permite que los acreedores de los copropietarios concurren a la división y se opongan a ella. Pero en el supuesto de no haber concurrido y efectuándose en fraude de sus derechos, o de haberse opuesto a ella y realizar-

⁵⁹ El párrafo segundo del artículo 1167 *Code Civil*, excluye la utilización de la acción pauliana en los supuestos de sucesiones.

⁶⁰ *Aranzadi, ref. 8493.*

⁶¹ Igualmente solucionan supuestos de rescisión por fraude en la partición las SSTS de 10 de junio de 1904; de 2 de julio de 1904; 13 de febrero de 1941.

se a pesar de su oposición, podrán impugnarla. Impugnación que no creemos que sea distinta a la posibilidad de rescindirla.

c) *La acción de devastación*

El conflicto que se puede plantear entre la Acción Pauliana y la acción de devastación a la hora de determinar la preferencia en su ejercicio queda limitado tan sólo a algunos de los supuestos en los que se puede emplear la acción por la que se conserva el valor del bien hipotecado. No habrá conflicto en aquellos supuestos en los que la pérdida de valor del bien sea producto exclusivamente de la actitud del deudor, pues no habrá «contrato en fraude de acreedores», ni tan siquiera, en muchos supuestos un negocio fraudulento, sino más bien una actitud lesiva para los intereses del acreedor. Sin embargo sí pienso que puede haber algún supuesto fronterizo en el que sea dudosa la utilización de la acción de devastación o la acción pauliana. Por ejemplo la enajenación fraudulenta de una servidumbre a favor de la finca hipotecada al dueño de la finca sirviente, lo que produciría una disminución de la garantía hipotecaria y, por supuesto, como tal disminución fraudulenta, haría pensable la utilización de la Acción Pauliana ⁶².

Un problema adicional plantea la solución de este supuesto. En los casos previos, las consecuencias prácticas de optar por una u otra solución –inoponibilidad o rescisión– eran muy similares. En éste, las consecuencias que se deriven de la utilización de la acción rescisoria o de la de devastación, pueden ser distintas. El artículo 117 de la Ley Hipotecaria tan sólo dice que el Juez dictará Providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitarlo o remediar el daño. Ciñéndonos a la letra del artículo no es posible la rescisión, porque el dueño no puede por sí solo rescindir el negocio. La rescisión es una decisión judicial, no privada. Además no puede atacar la eficacia del negocio realizado utilizando otro método, pues

⁶² PUIG PEÑA, F, «Teoría de la acción Pauliana», *RDP*, 1945, octubre, p. 542. Al estudiar las personas legitimadas activamente para ejercitar la Acción Pauliana, afirma: «A la primera vista parece que el acreedor hipotecario no tienen por qué ejercitar la acción revocatoria, supuesto que su crédito figura perfectamente garantizado con la afectación especial de determinados bienes constituidos en hipoteca. Teniendo esto presente, muchos autores han negado a este acreedor el ejercicio de la Pauliana. Sin embargo, otros, con mejor acuerdo, distinguen casos y circunstancias, y si bien por punto general rechazan el beneficio de la Pauliana para este orden de créditos especiales, no obstante lo admiten en algunos supuestos. Estos serían, por ejemplo, los casos en que los bienes hipotecados hayan sufrido una depreciación considerable, o el caso en que, no obstante la hipoteca, queden impagados, es decir aquellas hipótesis en que el acreedor hipotecario tiene un interés por encima del que se deriva del crédito, bien porque aquéllos no alcancen a ésta, bien porque, alcanzando, las frecuentes oscilaciones de valor de las cosas no permita cubrir el importe de su crédito».

sería ir contra el principio del *pacta sunt servanda* y el artículo 1256 del CC. Quizá lo que pueda es aumentar la garantía hipotecaria con otros bienes. Lo que en sí mismo implicaría la imposibilidad de interponer la Acción Pauliana, pues si hay bienes garantes, no hay perjuicio. Por eso pensamos que si el perjuicio ocasionado sobre el bien hipotecado no produce falta de garantía –incluida la personal– de la obligación, se podrá ejercitar la acción de devastación, pero no la pauliana. Por el contrario, cuando el perjuicio ocasiona un daño que haga imposible la ejecución del crédito, la acción que procederá será la pauliana y no la de devastación. Dicho con otras palabras. La acción de devastación protege la garantía real. La acción pauliana la garantía personal.

d) *La acción pauliana y los problemas de la causa del negocio fraudulento. Simulación y causa ilícita*

Es evidente que en muchos de los supuestos de simulación de un contrato ⁶³ y en muchos de los supuestos en los que teóricamente se puede hablar de causa ilícita, el fundamento, la razón, el motivo por el que se ha realizado ha sido defraudar a determinados acreedores ⁶⁴. También es cierto que el perjuicio al acreedor se puede haber producido cuando se ha realizado un contrato no simulado y cuando la razón para contratar nada tenía que ver con la intención de dejar a un antiguo acreedor sin cobrar. ¿Se puede hablar de conflicto entre Acción Pauliana y simulación y entre acción pauliana y nulidad por causa ilícita?

Teóricamente hay una dificultad insuperable ⁶⁵. Cuando hablamos de simulación absoluta o de causa ilícita estamos hablando de negocios nulos radicalmente. Y por definición, sólo son rescindibles los negocios válidamente celebrados. Luego concluir que la Acción Pauliana se mueve en un campo diferente al de la nulidad en princi-

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 16 de abril de 1996. Aranzadi Civil, Audiencias, ref. 661, declarando nula una donación simulada hecha en fraude de acreedores; STS de 23 de julio de 1994, Aranzadi, ref. 6585; STS de 23 de julio de 1990, Aranzadi, ref. 6127; STS de 11 de febrero de 1986, Aranzadi, ref. 545.

⁶⁴ STS de 24 de abril de 1992, Aranzadi, ref. 3410; STS de 14 de noviembre de 1991, Aranzadi, ref. 8111.

⁶⁵ Aunque haya alguna sentencia, como la STS de 5 de noviembre de 1990, Aranzadi, ref. 8462, que afirme: «sólo es ejercitable la acción de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1302 del propio Ordenamiento, y con mayor razón la del artículo 1111 del mismo», la mayoría de ellas ponen de manifiesto la contradicción de ejercitar conjuntamente la acción rescisoria y la de nulidad, como por ejemplo STS de 16 de marzo de 1989, Aranzadi, ref. 2155: «pese a la evidente contradicción jurídica, dicho sea de paso, que entraña el postular simultánea y conjuntamente la nulidad y la rescisión de un mismo contrato, cuando esta última presupone y exige necesariamente la validez del contrato que se trata de rescindir».

pio parece correcto ⁶⁶. Es más, si no fuese así (y también en línea teórica) todo acto fraudulento podría tener causa ilícita, por lo que, precisamente por el principio de subsidiariedad de la Acción Pauliana, esta quedaría casi sin campo de aplicación ⁶⁷.

Por otro lado, las consecuencias de declarar un negocio rescindido o nulo son diferentes. En línea de principios, cuando un negocio se declara nulo, su ineficacia es absoluta. Por el contrario, cuando es rescindido, se intenta conservar aquella parte del negocio que no ha producido perjuicio, siempre y cuando asumamos la posición que defiende el carácter relativo de la rescisión, pues de lo contrario no habría grandes diferencias respecto a los efectos que se producirían por la declaración de nulidad y la de rescisión.

Sin embargo, si las cosas en la práctica fuesen tan fáciles no tendría ningún sentido que, como se hace normalmente, a la hora de acudir a los Tribunales solicitando su tutela ante la realización de un negocio que ha causado un perjuicio se demande la nulidad radical y subsidiariamente la rescisión por fraude ⁶⁸.

⁶⁶ Son muchos los autores que han puesto de manifiesto las diferencias entre la rescisión por fraude, la simulación y la causa ilícita. Veamos algunos ejemplos:

ALBALADEJO, *Comentarios...*, op. cit., p. 967:

«No cabe confundir con la hipótesis en estudio, la de que el deudor y el tercero adquirente simulen un acto para fingir que los bienes salen del patrimonio de aquél, y, así, que parezca que ya carece de ellos. Entonces no precedería la acción pauliana, tendente a atacar un acto que, de existir, sería fraudulento, sino la acción de simulación, tendente a poner de relieve que realmente no existe acto alguno verdadero, razón por la que los bienes siguen siendo del deudor, y el acreedor puede satisfacer con ellos su derecho».

DE CASTRO, *La acción Pauliana...*, op. cit., p. 220:

«Se distingue, netamente, de una serie de conceptos afines. En la simulación existe un tercero a quien se trata de perjudicar, pero, en cambio, el negocio no existe, o si existe (disimulado) se exorna de falsas apariencias. En la causa ilícita, el motivo, base jurídica del negocio entre las partes, está repudiado por completo, según la moral recibida en el derecho, el negocio es nulo, pus la causa está viciada de modo insanable; en el negocio fraudulento no existe una inmoralidad capaz de viciar el negocio entre las partes; como no puede manifestarse más que en relación a un tercero, sólo respecto de éste se declara el negocio ineficaz. El dolo, por último, supone un vicio de la voluntad en uno de los contratantes, dirigido a perjudicar al otro, y produce la nulidad del negocio».

PUIG PEÑA, F, *Teoría...*, op. cit., p. 479 y ss.

⁶⁷ «No creo que sea correcto afirmar que todo negocio que tiene carácter fraudulento automáticamente tenga ilicitud en su causa. De lo contrario, y por el principio de subsidiariedad de la acción rescisoria, nunca se podría rescindir un contrato porque siempre existiría el mecanismo jurídico de la declaración de nulidad que haría inviable la acción rescisoria.

Creo que cuando hablamos de ilicitud de causa nos referimos a que la razón principal y casi única que ha llevado a las partes (a ambas) a realizar un contrato es precisamente causar un perjuicio a un tercero. Sin embargo, creo que podemos hablar de negocio rescindible por fraude cuando se realice un contrato perjudicial para el acreedor, a pesar de que, por lo menos el tercero contratante, no persiguiere como objetivo principal el daño del crédito del acreedor. Por ello, según la opinión dominante en las sentencias del Tribunal Supremo para rescindir por fraude este negocio basta la posibilidad de conocimiento por parte del tercero de que dicho negocio podría perjudicar al acreedor».

⁶⁸ ALBALADEJO, *Comentarios...*, op. cit., p. 967:

Pero debemos ir más allá y preguntarnos cómo debe actuar el Juez cuando en un caso que él considera de simulación se le ha solicitado la rescisión por fraude. O en un caso en el que en su opinión el negocio adolece de causa ilícita el *petitum* de la demanda se basa en el artículo 1111 ó 1219.3.º del CC. O cuando habiendo realizado un negocio válidamente, el Juez considera que es rescindible por fraude pero el demandante ha solicitado la nulidad radical, bien por simulación bien por causa ilícita.

Creemos que el Juez debe valorar el *petitum* de la demanda y en función de ello actuar, independientemente de cual sea el nombre de la acción que se le dé a la ejercitada ⁶⁹. Es posible que se solicite la rescisión por fraude, para reparar el perjuicio causado y que el acto sea un acto nulo radicalmente. En este caso creemos que el Juez debe declarar la nulidad radical del contrato, independientemente de que se le hubiese solicitado la rescisión, pues con ello, igualmente satisface el interés del demandante, que no es otro que evitar el perjuicio que ha sufrido ⁷⁰. También es posible que el acto sea válido, pero fraudulento y que se solicite la nulidad radical por causa ilícita. Pues también pensamos que el Juez, si el *petitum* de la demanda se lo permite, deberá declarar la rescisión del contrato –dando solución al perjuicio sufrido por el acreedor– y no pecará la sentencia de incongruente ⁷¹.

«Con frecuencia quien ejercita la acción pauliana plantea ésta como petición subsidiaria de la previa petición de que se declare la nulidad del acto por simulación. Ello suele ser así; bien porque no está claro si el acto de enajenación es simulado o real (pero dañoso), bien porque, aun estimando el demandante que es simulado, teme que la simulación no quede probada, y que, consiguientemente, el Tribunal no la declares, y, para tal caso, pide que, no obstante, aunque se estime que la enajenación fue real, se admita que sustrajo los bienes enajenados a la satisfacción de su crédito, y, por tanto, que se revoque.

Por su parte, el Tribunal Supremo en ocasiones ha confundido en sus fallos el papel de la acción de simulación y el de la pauliana (debiéndose la confusión, con frecuencia, a un defectuoso planteamiento del pleito, en el que, a base de afirmar la existencia de fraude, se pedía la revocación del acto por ser simulado), pero actualmente ha sentado de forma clara la distinción entre la simulación, que produce la nulidad del acto, y la enajenación fraudulenta, que es un acto realmente existente, pero que da lugar a su revocación o rescisión mediante el ejercicio de la acción pauliana».

⁶⁹ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 327. *«Es función propia del juez, a ejercitar de oficio por el mismo, la de aplicar el derecho del modo que considere correcto, sin quedar vinculados por las alegaciones de normas y principios jurídicos y por los razonamientos jurídicos efectuados por las partes (iura novit curia, da mihi factum dabo tibi ius). Ahora bien, debe insistirse en que la no vinculación se ciñe al ámbito estricto de las calificaciones jurídicas, sin que sea admisible que, so capa del principio iura novit curia, el juzgador se sustraiga de los demás límites a su postestad de resolver».*

⁷⁰ En este sentido *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de marzo de 1996, Aranzadi Civil, ref. 433*, en la que se solicita la rescisión y se concede la nulidad de una donación.

⁷¹ Muy claramente la *STS de 7 de junio de 1990, Aranzadi, ref. 4742*: *«La incongruencia es el vicio que afecta a las sentencias que conceden algo distinto de lo pedido, dejan sin respuesta cuestiones planteadas con cumplimiento de todos los requisitos, o las resuel-*

Es cierto que el Juez, en muchos casos, al aplicar el principio de *iura novit curia* podrá bordear la legalidad, incurriendo en incongruencia, e incluso, privando a las partes de haber utilizado un medio de defensa específico que les hubiera sido útil de haber conocido el sentido del fallo⁷². Por ello es el Juez, en cada caso el que debe valorar si en aras de la economía procesal puede «resolver» definitivamente el caso o por el contrario debe limitarse a contestar a lo literalmente pedido⁷³.

VI. EL FUNDAMENTO DE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN RESCISORIA

Ante todo he de dejar claro que cuando me refiero a la acción rescisoria dejo al margen los supuestos en los que está prevista la rescisión por lesión. En mi opinión, ambas acciones tienen algún punto común, como es el objetivo común de reparar un perjuicio que ha causado un negocio válidamente realizado⁷⁴, pero diferencias tan

ven con argumentos jurídicos que rebasan los límites del principio iura novit curia, de modo tal que provocan la indefensión. En todo caso, la incongruencia se desprende de la comparación del suplico de la demanda con la parte dispositiva de las sentencias, y, eventualmente, de la comparación de la causa de pedir, esto es, del relato histórico en que se fundan las peticiones y los argumentos utilizados por la Sala para resolverlas. En el caso de Autos, efectivamente se ha instado la nulidad de varios contratos y se ha concedido la rescisión, y ambos conceptos son especies jurídicamente distintas, pero no tanto como para no tener con el demandante también flexibilidad para mitigar el rigor de los formalismos».

⁷² MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 328. «Otra cosa es que, por respeto exquisito al principio de contradicción, se obligara al juzgador a poner a debate su tesis jurídica novedosa antes de resolver a tenor de ella. Véanse en este sentido los artículos 733 y 851.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el proceso civil no existe ese deber y el TC ha entendido que ello no viola el derecho de defensa, siempre que el juzgador respete “los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuran las acciones o las excepciones ejercitadas” (STC 20/1982, 5 mayo, Sala 2.ª, RA 405/1981, BJC 1982-13, pp. 350-355; STC 12/1987, 4 de febrero».

⁷³ MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS Y GÓMEZ COLOMER, *op. cit.*, p. 325. «En los supuestos (ciertamente escasos en el proceso civil) en que procedan pronunciamientos de oficio (deber legal de imponer costas, declaraciones de nulidad respecto a pactos inmorales o ilícitos –delimitando la posibilidad de las mismas, véase STS 31 de marzo de 1981, RA 1144–), no hay incongruencia si se emiten faltando una petición de parte. Y también que el ajuste entre lo pedido y lo resuelto encierra siempre problemas de interpretación que suelen resolverse con un criterio favorable al agotamiento del litigio existente entre las partes, siempre que lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido».

⁷⁴ DE CASTRO, *El negocio Jurídico*, p. 519 y ss., citando a GARCÍA GOYENA, afirma: «Los jurisconsultos romanos no concedían restitución sino contra los contratos que, atendido el rigorismo de Derecho, eran válidos, si bien destituidos de equidad; y por esta consideración se recurrió a aquél remedio». De donde concluye que «Los casos de rescisión se dan como medidas correctoras, para evitar una consecuencia injusta, resultante del juego normal del sistema jurídico. La rescisión opera sobre los contratos válidamente celebrados (artículo 1290), para reparar el perjuicio que sin ella sufrirían determinadas personas (arts. 1294, 1295.3.º, 1298, 1077)».

evidentes y palpables (diferentes personas legitimadas, presupuestos fácticos distintos, etc.) que no pienso que tengan fundamentos idénticos ⁷⁵.

No es el objeto de este trabajo realizar un análisis del fundamento último de la existencia de la Acción Pauliana ⁷⁶; Si se trata de una expresión más de la garantía patrimonial del artículo 1911, o por el contrario una consecuencia de la misma y no parte de ella; Si se concede una posibilidad de vigilancia continua al acreedor sobre los actos del deudor e incluso un derecho de garantía específico sobre los bienes que han salido del patrimonio y que formaban parte del patrimonio garante; Si la Acción Pauliana es un supuesto más de fraude de ley o por el contrario tiene autonomía de la figura general que sanciona la torcida utilización de los medios jurídicos...

Más nos interesa preguntarnos por el fundamento de la subsidiariedad, que responder a la pregunta de porqué este remedio jurídico debe ser el último en utilizarse en reparar el perjuicio. Quizá para ello sea bueno comparar la Acción Pauliana con otras acciones que pueden presentar algún matiz de subsidiariedad, como puede ser la acción de enriquecimiento sin causa ⁷⁷. La acción de enriquecimiento persigue igualmente la reparación de un perjuicio que ha provocado un desplazamiento patrimonial irregular. La acción nació para reparar este perjuicio, que de otro modo quedaría sin sanción. Sin embargo, generalizar su uso hubiese sido peligroso para un sistema de carácter liberal. «La subsidiariedad, para la mayoría de la doctrina francesa, es una regla que viene a completar la ausencia de causa para evitar que sea desmesurado su alcance». Por tanto, subsidiariedad no significa que sea el último remedio que se debe utilizar en la sanación del negocio, sino que sea el único remedio con el que pueda conseguirse ese objetivo. Por ello si el fundamento de la subsidiariedad es poder evitar el perjuicio de otro modo, existiendo otro mecanismo jurídico para hacerlo, debe evitarse utilizar la rescisión ⁷⁸.

Sin embargo creemos haber demostrado en los distintos supuestos antes estudiados que, existiendo otros remedios, la petición de la rescisión del negocio no debe llevar automáticamente a la desestimación de la demanda por tratarse de una acción subsidiaria.

En todos los supuestos que hemos planteado, por diferentes matices que tengan, hay un foso común. La actitud fraudulenta del

⁷⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 523 y ss.

⁷⁶ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 43 y ss; DE CASTRO, *La acción Pauliana...*, *op. cit.*; GARCÍA AMIGÓ, *Comentarios del Ministerio de Justicia del artículo 1111 CC*; LOHMAN LUCA DE TENA, *op. cit.*, pp. 649 y ss.

⁷⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989, pp. 32 y ss. y 108 y ss.

⁷⁸ Vid. *ST Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de noviembre de 1991*.

deudor que trata de desprenderse de bienes para provocar un estado que le permita el no poder hacer frente al crédito debido. Y es ante esta situación ante la que el Ordenamiento, como no podía ser de otro modo, reacciona ⁷⁹. Pero tiene que hacerlo usando un mecanismo excepcional, pues no se trata de que se haya realizado un negocio inválido *per se*, sino que debe reaccionar contra un negocio que, en otras circunstancias, sería perfectamente eficaz. Y de ahí el cuidado que el Ordenamiento exige para poder rescindir un negocio. Y de ahí que sean los demandados quienes sean los que puedan alegar la falta del requisito de subsidiariedad. El demandante no tiene que investigar en los bienes del defraudador, ni tampoco si existen otros mecanismos jurídicos que permitan conseguir bienes sobre los que ejecutar el crédito ⁸⁰. Serán los demandados los que puedan defender el negocio válidamente realizado, señalando bienes directamente o al menos el mecanismo a utilizar para conseguirlos.

Por otro lado también creemos que el Juez, de oficio, con los medios de los que dispone en el procedimiento, puede apreciar la existencia de otros medios de reparar el perjuicio y bien rechazar la

⁷⁹ CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, p. 44, expresa esta idea con estas certeras palabras:

«En el campo de la acción revocatoria, único que aquí nos concierne, siempre se ha formulado el mismo planteamiento. Los deudores, en cuanto titulares de sus propios derechos, pueden proceder libremente a su disposición, pero ahí, frente a ellos, expectantes, están los acreedores que quieren cobrar, que vigilan sus actos y que se muestran a la defensiva en cuanto a las repercusiones negativas que los mismos pueden tener en el patrimonio.»

Si resulta que, por virtud de las enajenaciones y renunciaciones efectuadas por un deudor sus acreedores ven frustradas sus posibilidades de realización de los créditos, la norma levanta la barrera que protege la "intimidad patrimonial" de los deudores y aquéllos se encuentran legitimados para "impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho"».

⁸⁰ En contra de esta opinión, Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, p. 482. «La carga de la prueba de que no existe otro remedio del perjuicio le corresponde al actor». Por su parte MORENO QUESADA, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 190 y 191 afirma:

«En lo que respecta a la persona que debe probarlo (claro: se puede la existencia no la inexistencia), como quiera que en ningún precepto del CC se dan normas con reglas especiales sobre el procedimiento a seguir para averiguar si el deudor tiene o no otros bienes con que pueda reintegrarse al acreedor a los efectos de impedirle, por aplicación del artículo 1294, el ejercicio de la acción rescisoria, el problema puede plantearse en torno a la necesidad, o no, de que se obtenga previamente declaración de inexistencia de otro recurso legal.»

El Tribunal Supremo, a la hora de interpretar este extremo, ha estimado que no existe inconveniente alguno en que al ejercitar la acción rescisoria se demuestre que no hay otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio (sentencia de 8 de mayo de 1903). Viene a reconocerse, de acuerdo con ello (y lo dice la sentencia de 22 de febrero de 1913) que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción rescisoria impide su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio; puesto que conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, es innecesario obtener esta declaración cuando el Tribunal estima dentro del mismo procedimiento, por el examen de las pruebas en conjunto, la rescindibilidad del contrato y la inexistencia de otro modo de cobrar lo debido, materia (o extremos) que son de hecho, y como tales, apreciables por el Tribunal en uso de sus privativas facultades.»

acción (porque considere que hay otros bienes a los que dirigirse), bien utilizar mecanismos distintos (negocio simulado, causa ilícita), incluso no nombrados por la parte demandante por su creencia errónea de que se trataba de negocios válidos, para reparar el perjuicio causado. Y siempre y cuando dicha modificación no sea causa de incongruencia e incluso de algún tipo de indefensión para las partes.

De todo ello deducimos que la idea de subsidiariedad que es innata a la Acción Pauliana es una orden, un criterio dirigido al juzgador para que, habiendo o conociendo otras soluciones diferentes a la rescisión, y pudiendo ser aplicadas, mantenga un negocio válidamente realizado. De este modo la subsidiariedad pauliana no es sino una manifestación más de un principio inspirador de todo nuestro derecho cual es el favor *negotii*.

La labor del Juez se ciñe pues, al examen de los elementos y requisitos fácticos necesarios para que se pueda emplear la Acción Pauliana. Existiendo dichos requisitos, y sólo entonces, ordenará la rescisión del negocio. Rescisión, que como hemos apuntado anteriormente puede significar la declaración de ineficacia absoluta del negocio o por el contrario tan sólo de la porción necesaria para subsanar el perjuicio.

Si la consecuencia de la rescisión fuese la declaración de ineficacia absoluta del negocio tendría sentido que hubiese un principio inspirador en la utilización de la acción que fuese el de la subsidiariedad, pues si se basa en la conservación de un negocio válido y rescindirle significase dejarlo carente de eficacia, dicho remedio debía ser el último en ser utilizado.

Por el contrario, si como opino con la mayoría de la doctrina, el efecto de la rescisión es relativo y tan sólo deja ineficaz la parte de negocio que causa perjuicio, no tendría sentido que la acción que soluciona el problema de un modo más racional en el mantenimiento del negocio, tuviese que ser utilizada de modo subsidiario a otra cuya utilización supondría una declaración de ineficacia absoluta.

De todo ello concluyo que cuando se afirma que la Acción Pauliana es una acción subsidiaria, lo que se quiere afirmar, en aras del principio de conservación del negocio, es que hay que ser muy exigentes con la certeza de la existencia del fraude y del perjuicio, entendido como ausencia de garantía suficiente para el cobro del crédito. Pero una vez probado el supuesto de hecho, aun existiendo otros mecanismos jurídicos, la Acción Pauliana, lejos de ser subsidiaria debería ser prioritaria en su utilización.

Aproximación al régimen de pago a proveedores: artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista *

MARGARITA CASTILLA BAREA

Becaria de Investigación

«Certum es quod, is committit in legem, qui legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem».

Es cierto que obra contra la ley el que, entendiéndola sus palabras, porfía contra su espíritu.

C. 88, de regulis iuris, in Sexto, 5, 12.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. Explicación del contexto del artículo, tanto en lo que respecta a la ley en la que se inserta, como en lo que se refiere al ámbito de relaciones jurídicas y comerciales en el que se pretende su aplicación. 2. Carácter de la norma: Determinación de su imperatividad, renunciabilidad y funcionalidad tuitiva.-II. *Análisis del supuesto de hecho:* 1. Los sujetos que se contemplan en el artículo como agentes de las operaciones con pago aplazado: Comerciantes adquirentes de las mercancías y proveedores. Determinación de la necesidad y/u obligatoriedad de que sean minoristas. 2. El objeto del precepto: Determinación de los tipos de operación que caen en el ámbito de aplicación del precepto.-III. *Análisis de las consecuencias jurídicas:* 1. Consecuencias jurídicas comunes a todo tipo de «adquisiciones de los comerciantes», ya sean de pago instantáneo, ya sean de pago aplazado. 2. Consecuencias jurídicas típicas de las «adquisiciones de los comerciantes» con pago aplazado por un tiempo superior a sesenta días.-IV. *El incumplimiento de la norma:* 1. Competencia, viabilidad y aplicación del régimen sancionador. 2. Acciones que pueden ejercitar las partes afectadas por el incumplimiento de la norma.-V. *Posibles prácticas al borde de la ley:* 1. La novación. 2. El *confirming*.

CONSIDERACIONES INICIALES

El artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) integrante del Capítulo IV de su Título I,

* Este trabajo ha obtenido el Premio Nacional de Investigación en Derecho Privado «Castán Tobeñas 1998», que convoca la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

(Capítulo que lleva por rúbrica «*Adquisiciones de los comerciantes*») insta un régimen de regulación de ciertos aspectos de la realización de operaciones de intercambio de mercancías por dinero entre comerciantes y proveedores, absolutamente novedoso en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Se trata de una norma jurídica compleja y prolija, estructurada en cinco apartados diferentes, numerados con los ordinales del 1 al 5, alguno de los cuales se divide a su vez en dos párrafos.

La materia susceptible de estudio en el artículo 17 es inabarcable. Cada uno de sus apartados, por sí solo, merecería una monografía y justificaría con creces la realización de una tesis doctoral. Por esta razón, renunciamos de antemano en este trabajo a la pretensión de haber agotado todas las cuestiones posibles. Ni siquiera las que han sido objeto de nuestra atención habrán sido tratadas con la extensión que se merecen y la profundidad de que son susceptibles. Nuestras pretensiones son, por tanto, y a la vista de las limitaciones temporales con que contamos, modestas. Intentamos marcar unas pautas claras de principio con las que enfrentarse a un examen más pormenorizado y prolijo de los variados y grandes problemas jurídicos que presenta el artículo 17 de la LOCM. Es ésta una aproximación general al precepto que nos ocupa, si bien alentada por el ánimo de una profundización posterior.

La dificultad de la investigación del tema que nos ocupa se ve además acrecentada por la escasez de obras doctrinales al respecto. De entre las existentes, la mayoría corresponde a obras de comentarios sobre la totalidad de la LOCM, por lo que la extensión de las páginas dedicadas al régimen de pago a los proveedores está lógicamente supeditada a lo aconsejable para artículos insertos en este tipo de obras. La otra parte del conjunto doctrinal es una serie de artículos publicados en revistas jurídicas especializadas, que participan de la característica de la corta extensión.

Por último, y dado que estamos investigando sobre una Ley de 1996, tropezamos con el obstáculo de la inexistencia de doctrina jurisprudencial que aclare la interpretación de muchas de las normas contenidas en el artículo 17 de la LOCM.

Con todo, esperamos haber alcanzado nuestro objetivo, que no es otro que, como antes se dijo, *aproximarnos* a un diseño del régimen de pago a proveedores cuya eficacia aún está por demostrar.

Artículo 17 de la LOCM:

«Pagos a los proveedores:

1. A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción.

2. Los comerciantes, a quienes se efectúen las correspondientes entregas, quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha.

Del mismo modo, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago.

3. Cuando los comerciantes acuerden con las personas a quienes compren las mercancías, aplazamientos de pago que excedan de los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mismas, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada. Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.

4. En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto a aquel en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por ciento superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior.

5. A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

I. INTRODUCCIÓN

1. EXPLICACIÓN DEL CONTEXTO DEL ARTÍCULO, TANTO EN LO QUE RESPECTA A LA LEY EN LA QUE SE INSERTA, COMO EN LO QUE SE REFIERE AL ÁMBITO DE RELACIONES JURÍDICAS Y COMERCIALES EN EL QUE SE PRETENDE SU APLICACIÓN

1.1 Por qué una Ley de Ordenación del Comercio Minorista

A la hora de analizar las razones que llevan a la promulgación de un texto legal, hay que atender a dos tipos distintos de motivos: los

declarados por el legislador y aquellos otros que permanecen ocultos, aunque no ausentes, en el universo de las intenciones internas de la *voluntas legislatoris*, sin que sean objeto de exteriorización mediante declaraciones más o menos exactas de intenciones.

Respecto de estos últimos, sólo pueden hacerse conjeturas. Los antecedentes legales, así como los debates parlamentarios que preceden a la promulgación de un texto legal, pueden ciertamente arrojar alguna luz sobre las razones que impulsaron a elaborar unos mandatos determinados en forma de ley y sobre los objetivos que pretenden lograrse a través de la norma en elaboración; es posible aventurarse a esbozar un cuadro de intenciones y finalidades perseguidas por los distintos grupos, pero no puede perderse de vista que éstos no siempre declaran abiertamente los intereses, de clase o no, que se pretenden consagrar a través de las leyes, y tampoco que, las más de las veces, ese esbozo resulta escasamente operativo, pues la *voluntas legis* acaba con frecuencia independizándose de la de su colectivo creador, de modo que lo que se pretendía no coincide con el resultado que se obtiene al aplicar la ley a la práctica, y aquello que se impuso como una medida técnica y teleológicamente recomendable, no puede aplicarse por una multitud de heterogéneos problemas que, o no se tuvieron en cuenta al promulgar la ley, o se manifestaron posteriormente, o lo hicieron de modo diverso al esperado. Esto no significa que antecedentes legislativos y debates parlamentarios deban desdeñarse como elemento informador de los objetivos que pretenden alcanzarse con la ley y de su origen, simplemente quiere decir que ha de observárselos con cautela y desde una perspectiva crítica.

Por éstas y otras razones, el punto de partida de una exposición sucinta de la justificación de una ley debe ser, a nuestro juicio, la que ella misma hace, es decir, la Exposición de Motivos que precede al articulado del texto legal y que forma el conjunto de las razones declaradas por el legislador. Ella debe servir al jurista como criterio hermenéutico a la hora de investigar los fines perseguidos por la norma, y también cuando éste pretende poner de manifiesto la perversión que los resultados de la aplicación de la misma supone con respecto a los fines declarados que la impulsaron.

Coherentemente con la opinión aquí defendida, partiremos del texto de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para tratar de exponer una idea lo más cercana posible a la realidad, acerca de las razones que justificaron su existencia y de los fines que presidieron su promulgación.

Pero antes, no podemos olvidar que toda tarea legislativa ha de abordarse bajo el referente constante de nuestra Norma Suprema.

En el caso del comercio interior, y a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996 no haga expresa mención de ello, la necesidad de una intervención del legislador en la regulación de la materia viene dada por la propia Constitución que, en su artículo 51.3, encomienda a la ley el desarrollo de lo relativo al comercio interior, si bien la fórmula empleada se caracteriza por la amplitud e indefinición de límites concretos de lo que pueda estar incluido en ese concepto:

«En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

Por tanto, la primera y mejor justificación de la existencia de una Ley de Ordenación del Comercio es la propia Constitución Española.

Ya en la Exposición de Motivos de la LOCM, se patentizan otras razones que hacían exigible la promulgación de la Ley, razones que, a tenor del texto legal, pueden enunciarse como sigue:

«Los profundos cambios que ha experimentado la distribución comercial minorista en España, la incorporación de nuevas tecnologías y formas de venta y el reto que ha supuesto la Unión Europea, así como la dispersión de la normativa vigente obligan a un esfuerzo legislativo de sistematización, modernización y adecuación a la realidad de los mercados».

En cuanto a los fines propuestos:

«la Ley no sólo pretende establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, sino que aspira, también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia».

Como puede apreciarse, se trata de una ambiciosa declaración de intenciones que, de seguro, necesitará de grandes esfuerzos por parte de los distintos sectores implicados para hacerse realidad, sin que la Ley, por sí sola, sirva para garantizar el resultado pretendido.

1.2 El pago a los proveedores en el seno de la LOCM

El régimen de las *«Adquisiciones de los comerciantes»* constituye el capítulo IV del título primero de la LOCM, ley que, según su propia Exposición de Motivos, se orienta a la consecución de *«un sistema de distribución eficiente, que permita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución».*

Para lograr tal objetivo, la LOCM establece una serie de medidas que se dirigen tanto a consagrar derechos de los consumidores (sin que sean éstos los destinatarios a que aparente o declaradamente se dirige), como a imponer obligaciones a los comerciantes y, en especial, aunque no únicamente, como veremos, a los que se dedican al comercio al por menor. En este abanico de medidas de regulación del proceso de distribución de las mercancías, que va desde la exigencia de una licencia comercial específica para la apertura de grandes establecimientos (art. 6 LOCM), hasta el diseño del régimen jurídico de una serie de ventas calificadas como «especiales» (arts. 36 a 62 LOCM), se incardina el régimen de las adquisiciones de los comerciantes, del que constituye pieza principal la cuestión del pago a los proveedores, objeto de nuestro estudio.

Los artículos 16 y 17, que forman el capítulo IV, «*constituyen legislación civil y mercantil, y serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución*»¹, lo que significa que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para modificar el régimen por ellos establecido², de modo que habrán de ser observados por los comerciantes de todo el territorio nacional en sus adquisiciones³.

Como ha podido observarse, la propia Ley declara que el régimen de las adquisiciones de los comerciantes viene a incidir en el contenido del Derecho privado de los contratos. Si bien esto es cierto, no puede tampoco perderse de vista la evidente relación que el problema del pago a proveedores guarda con el Derecho de la Competencia, a cuya luz debe también analizarse⁴.

¹ Cfr. disposición final única, párrafo segundo, *in fine*, de la LOCM.

² Esta afirmación debe entenderse hecha a salvo de las posibilidades de incidir en la legislación que otorga el art. 149.1.8 de la Constitución Española a las Comunidades Autónomas cuando reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por aquéllas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

³ Para más información sobre este extremo, cfr. PALAU RAMÍREZ y ROCA SAGARRA («Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RGD*, 1997, pp. 5659 a 5678; en concreto, pp. 5668-5672) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ («Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*; Madrid, 1996; pp. 217 a 233).

⁴ Por nuestra parte, no vamos a entrar en el análisis de los supuestos concretos en que ciertos comportamientos constituyen ilícitos administrativos según la LOCM e ilícitos contra el Derecho de la Competencia (Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Competencia Desleal y Ley General de Publicidad), porque esta cuestión escapa al objetivo de nuestra investigación. No obstante, sí queremos señalar que la doctrina ha puesto de manifiesto que ciertos comportamientos descritos en la LOCM como constitutivos de infracción están también contemplados en el régimen sancionador de las leyes

1.3 Aproximación al problema que se trata de resolver

La propia E. de M. de la LOCM constata la existencia en nuestro país de dos sistemas de distribución diferentes y complementarios: «*el primero constituido por empresas y tecnologías modernas, y el segundo integrado por las formas tradicionales de comercio que siguen prestando importantes servicios a la sociedad española...*».

Las diferencias entre el sistema de distribución llevado a cabo e instaurado por las grandes empresas y sociedades de distribución y el seguido por los medianos y pequeños comercios dedicados a la venta directa al consumidor final, se manifiestan con particular fuerza en el área de la financiación de los recursos, dado que el tamaño del comerciante y su estructura determinan unas diversas necesidades de inmovilizado y de liquidez para hacer frente a las vicisitudes de su actividad diaria.

Sin embargo, donde no parece que la diferencia sea importante, o al menos eso hay que entender a la vista de lo establecido en el artículo 17 LOCM, es en el pago a los proveedores que suministran las mercancías a los comerciantes, sean éstos grandes o pequeños⁵.

En efecto, de un tiempo a esta parte, a través de diversos estudios financieros y encuestas en relación con este tema, se ha venido constatando una evolución en la forma de pago a los proveedores, de manera que el contado, que constituía la regla general⁶, se ha con-

reguladoras de la competencia en nuestro Ordenamiento, por lo que se produce una duplicidad indeseable. Sobre esta cuestión, véase ARIMANY y MANUBENS («Comentario de los arts. 16 y 17», en la obra *Ordenación del Comercio Minorista*, coordinada por ARIMANY y MANUBENS; Barcelona, 1996, pp. 150 a 176, en concreto, pp. 156 y 157); FERNÁNDEZ DEL POZO («Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *RCDI*, 1996, pp. 1479 a 1516, en concreto, pp. 1489 a 1493); ARGÜELLO BERMÚDEZ («Acciones civiles», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 195 a 216); CARRASCO PERERA («Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Juicio crítico de una reforma», en *Distribución y Consumo*, abril-mayo de 1996, pp. 40 a 43, en concreto, p. 43); y MARÍN LÓPEZ («Comentario de los arts. 16 y 17», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 321 a 344, en concreto, pp. 343 y 344). Por otra parte, hay que decir que la propia LOCM es consciente de esta circunstancia, por lo que en el artículo 63.2 se establece la suspensión del expediente administrativo sancionador y de la eficacia de las resoluciones sancionadoras cuando los comportamientos ilícitos den lugar a la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia. De este modo se da cumplimiento al principio general del Derecho sancionador *non bis in idem*.

⁵ Más adelante esta afirmación será objeto de las matizaciones oportunas, que no se hacen ahora por no ser el lugar apropiado.

⁶ Y aún la LOCM se aferra a esta idea cuando consagra en el artículo 17.1 que «*se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compran el mismo día de su recepción*».

vertido en la excepción, dejando paso a una práctica generalizada de aplazamiento de los pagos ⁷.

Esta situación, que puede ser, y de hecho ha sido, fruto de la legítima autonomía de la voluntad de las partes contratantes para fijar las coordenadas de sus pactos, no es en sí negativa, ni constituye el problema a que viene a dar respuesta el artículo 17 LOCM. Lo pernicioso, lo que ha llevado a los sectores implicados, en especial a los proveedores, a reaccionar y a pedir la protección de la ley, es el progresivo deterioro de los plazos de pago fijados por las partes, que se han ido alargando e incumpliendo sistemáticamente sin que los perjudicados por tal situación (los acreedores-proveedores impagados) se sintieran capaces de adoptar medidas eficaces al respecto.

Las medidas comprendidas en el artículo 17 LOCM surgen, pues, como reacción a esta situación y se orientan a los siguientes objetivos:

– Propiciar la mayor y más fiable constancia de la fecha en que tiene lugar la operación económica entre el comerciante y su proveedor, así como la de la fecha prevista por las partes para el pago, con el fin de constatar de manera inequívoca las dilaciones e incumplimientos que se produzcan en este sentido (arts. 17.2 y 17.5 LOCM).

– Dotar al proveedor de una serie de garantías de que el pago aplazado por un tiempo superior al que puede considerarse como «normal» en el comercio (esto es, sesenta días), se producirá en el momento convenido, para lo que se adoptan dos tipos de medidas:

a) Se impone a los comerciantes la obligación de instrumentar el pago en documento que lleve aparejada acción cambiaria, con el objeto de facilitar al proveedor tanto el descuento o negociación de los títulos, como el recurso a la vía jurisdiccional para reclamar el pago (art. 17.3 LOCM).

b) Se otorgan al proveedor una serie de facultades adicionales tendentes a obtener mayores garantías de solvencia y liquidez, a medida que el período de aplazamiento aumenta (art. 17.3 *in fine* LOCM).

⁷ De entre los autores que se han dedicado a la cuestión de la evolución de los plazos de pago destaca por su profusión de artículos la profesora ROMÁN GONZÁLEZ. En este sentido, véanse los siguientes trabajos: «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, pp. 72 y ss.; «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial», en *ICE*, marzo 1995, núm. 739, pp. 93 y ss.; «Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio», en *Distribución y Consumo*, diciembre 1995/enero 1996, pp. 17 y ss. y «Ley de comercio y plazos de pago: ¿nuevas reglas de juego?», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2488, 1996, p. 45 y ss.

– Disuadir a los comerciantes del empleo de las dilaciones e impagos a los proveedores como táctica de financiación alternativa al recurso al crédito bancario y otros instrumentos de financiación, mediante el establecimiento de un interés de demora legal y automático lo suficientemente elevado como para que el impago no resulte un arma de financiación atractiva (art. 17.4 LOCM).

Con estas medidas, el legislador estatal, haciéndose eco de las peticiones de los proveedores, pretende frenar el proceso de deterioro y progresiva prolongación de los períodos de aplazamiento de pago en los negocios entre proveedores y comerciantes, así como hacer especialmente gravoso para estos últimos el incumplimiento de los plazos pactados.

El artículo 17 LOCM puede calificarse, por tanto, como una *norma tuitiva de los intereses de los proveedores*, ya que tiende a solucionar una situación que la ley considera de inferioridad con respecto a los comerciantes a los que aquéllos abastecen, que suelen imponer unas determinadas condiciones, no siempre igualitarias o justas, en sus negociaciones y operaciones de adquisición.

2. CARÁCTER DE LA NORMA: DETERMINACIÓN DE SU IMPERATIVIDAD, RENUNCIABILIDAD Y FUNCIONALIDAD TUITIVA

2.1 Consideraciones acerca del carácter de la norma

Es sabido que del carácter de una norma jurídica, de la imperatividad o calidad de derecho dispositivo de sus mandatos, depende su eficacia y también la entidad de las sanciones que determina su infracción⁸.

La norma imperativa, como su propio nombre indica, se impone a las partes, que no pueden disponer algo diferente y, menos aún, contradictorio para el caso por ella regulado. Por el contrario, la norma dispositiva, juega únicamente cuando las partes no establecen un régimen determinado en cuestiones concretas de su relación jurídica, o bien cuando dichas partes, portadoras de intereses contrapues-

⁸ La propia LOCM no es ajena a esta afirmación, y en su E. de M. reconoce la fuerza de la ley imperativa frente a la dispositiva cuando, refiriéndose al establecimiento del régimen jurídico de las nuevas modalidades de venta al público señala que: «*por su carácter de materia mercantil, se encuentran entregadas acutalmente al principio de libertad contractual del que, en no pocas ocasiones, resultan notorios abusos en perjuicio de los adquirentes, situación que interesa corregir mediante la promulgación de normas imperativas y una eficaz intervención de las Administraciones públicas*». (La negrita es nuestra).

tos, no llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias en que ha de desenvolverse su relación, supuesto en el que el régimen dispositivo diseñado por la Ley viene a suplir la falta de acuerdo y se torna imperativo para esas partes en concreto ⁹.

En el supuesto del artículo 17 de la LOCM que nos ocupa, la doctrina parece considerar que la norma es imperativa, aunque es difícil encontrar una afirmación tajante en este sentido ¹⁰. Se trata de un axioma, un extremo que los autores toman como punto de partida para analizar otras cuestiones, como la funcionalidad tuitiva de la regulación establecida, las sanciones que corresponden a la contravención de la norma, o la posibilidad o no que tiene el proveedor de renunciar los derechos que le confiere el capítulo ¹¹.

⁹ DE LOS MOZOS (voz: «Norma jurídica», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 480 a 488, en concreto, p. 486) distingue entre normas imperativas y normas dispositivas: «las primeras se imponen de modo absoluto y en todo caso, y no son derogables por la voluntad de las partes, mientras que las normas dispositivas únicamente entran en aplicación cuando falta una regulación establecida por la voluntad de las partes, cumpliendo en este caso una función supletoria que se aplica siempre que no exista una voluntad contraria». Por su parte, BONET CORREA («Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», en *ADC*, 1976, pp. 309 a 336, en concreto, p. 317) señala que «mientras que las normas facultativas o dispositivas conceden a la autonomía de la voluntad privada un margen de facultades distinto del preceptuado en las propias normas, en las imperativas y prohibitivas ese margen de autonomía queda eliminado, teniéndose que acomodar la actuación de las personas a lo preceptuado concretamente en el mandato normativo». Sobre este tema, véase también DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982, pp. 987 y ss.

¹⁰ De entre los autores consultados, sólo ARIMANY y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 157) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, pp. 328 y 329) afirman sin ambages que el artículo 17 «establece básicamente un régimen imperativo». Por su parte, LA CASA («La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a los proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 78, pp. 1 a 18, en concreto, p. 2) entiende que el artículo 17.3 «implica la concesión a los proveedores de unos derechos irrenunciables», pero, prudentemente, obvia pronunciarse sobre la imperatividad de la norma. Únicamente, de forma aséptica, pone de manifiesto (*ob. cit.*, p. 16, nota 4) que ARIMANY y MANUBENS sí destacan el carácter imperativo de la misma. No obstante, parece decantarse por esta opción cuando indica que el tenor literal de la norma puede interpretarse en ese sentido y critica la rigidez de tal opción legislativa.

¹¹ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1488 y 1489, respectivamente) se muestra más ambiguo, eludiendo pronunciarse directamente sobre esta cuestión. Sin embargo, alude a circunstancias, como la irrenunciabilidad de los derechos conferidos al proveedor, el carácter restrictivo de la autonomía contractual que presenta el mandato, o su funcionalidad tuitiva, que suelen acompañar a la norma imperativa. La confusión acerca de su punto de vista se acrecienta cuando más adelante (en la misma página), tras poner de manifiesto que la comisión de ilícito administrativo no prejuzga la validez civil de los contratos u obligaciones asumidas por las partes, concluye: «Es decir, no constituyen infracciones de normas imperativas *ex* artículo 6.3 del Código Civil: («Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*»)» (la cursiva es del autor). La cita nos suscita interrogantes: ¿qué es lo que no constituye infracción de norma imperativa: la comisión de ilícito administrativo o la contravención de lo dispuesto en el artículo 17? ¿Está sugiriendo el autor que la tipificación como infracción administrativa es el efecto distinto a la nulidad a que alude el artículo 6.3 CC en el caso concreto del artículo 17.3 LOCM? Y si la infracción administrativa

En nuestra opinión, el artículo 17 presenta un carácter mixto, dado que en él conviven mandatos de naturaleza imperativa con normas de derecho dispositivo, si bien existe un claro predominio de los primeros. Así lo demuestra el tenor literal del precepto que, en sus apartados 2 a 5, apunta a que estamos ante una norma de carácter imperativo: la ley se pronuncia en términos de «deber» y de «obligación» cuando dispone que los comerciantes «**quedarán obligados a documentar**»; que «**el pago deberá quedar instrumentado en documento**»; que este documento «**deberá emitirse o aceptarse**»; que «**los proveedores deberán indicar**» o que «**se producirá el devengo de intereses moratorios**». Como puede apreciarse, la forma de expresión de la ley no deja lugar al jurista para plantearse si estos mandatos son de obligado cumplimiento por sus destinatarios o si, por el contrario, éstos son libres de llevar o no a cabo su contenido. Cuando se trata de una norma dispositiva o potestativa, la redacción legal tampoco da lugar a equívoco: así sucede cuando, en caso de superar el aplazamiento los ciento veinte días desde la fecha de recepción de las mercancías, concede al proveedor la facultad de exigir al comerciante la presentación de un aval bancario o la suscripción de un seguro de crédito o caución que aporte al acreedor mayores garantías de cobro de la deuda en el futuro. En este caso, el precepto alude a que «**el vendedor podrá exigir...**»¹². Del mismo modo, el apartado 1 establece una regulación supletoria, que opera únicamente en ausencia de pacto de las partes susceptible de modificar el régimen de pago al contado.

Pues bien, esta afirmación del carácter imperativo de la norma, que aparece tan clara, no deja de suscitar algún problema de fondo: inmediatamente surge el interrogante de cuál es la sanción prevista por la Ley o, en su defecto, por el Ordenamiento en su globalidad, para el caso de que sea violada, pues a nadie se escapa que esta sanción debería ser especialmente importante tratándose de una norma imperativa. Pero, si bien es ésta una cuestión de vital importancia como puede entenderse, no es ahora el momento de ocuparnos de

es un efecto diverso a la nulidad pero también derivado de la contravención de una norma imperativa como parece sugerirse, ¿puede mantenerse que un acto de tal naturaleza no atenta contra una norma imperativa?

¹² En el caso concreto del artículo 17.3 *in fine*, puede sostenerse que la norma es dispositiva para el proveedor e imperativa para el comerciante, puesto que este último no puede negarse a prestar tales garantías si aquél decide exigirselas. Por tanto, discrepamos de la opinión de GONZALO ANGULO («Régimen de pago a proveedores {art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista}», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 103 a 131, en concreto, p. 124), para quien el proveedor podrá recurrir al aval o seguro «sólo si el deudor consiente».

ella ¹³. Baste decir que, a nuestro juicio, el artículo 17 LOCM es una *lex minus quam perfectae*, es decir, aquella cuya infracción determina la imposición de una pena, sin declarar la nulidad del acto ¹⁴.

2.2 ¿Es admisible la renuncia por el proveedor de los derechos que se contienen en el artículo 17 LOCM?

Tal como ocurría con la determinación de la imperatividad del artículo 17 LOCM, la doctrina no es muy profusa a la hora de analizar si los derechos que confiere el precepto son renunciables por el proveedor. Nuevamente, nos hallamos ante una cuestión que aparece de modo tímido, como si la irrenunciabilidad de tales derechos fuese una consecuencia que derivase necesariamente del carácter imperativo antes asumido como punto de partida.

Sin embargo, a nuestro entender, en el seno del precepto que nos ocupa, el estudio del juego de la renuncia reviste especial importancia y no merece ser pasado por alto, pues estimamos que presenta la suficiente complejidad como para realizar un pronunciamiento tajante y *a priori* sobre su ineficacia.

Partiremos de un concepto de renuncia de derechos según el cual se la configura como un acto de disposición «fundamental, aunque no exclusivamente, unilateral, integrado por una declaración de voluntad no necesariamente recepticia y tutelada por el ordenamiento jurídico, dirigida a la pérdida o extinción de un derecho subjetivo, facultad, beneficio, expectativa o posición jurídica» ¹⁵, para centrar nuestro interés en la posibilidad o no de ejercitarla una vez se han adquirido los derechos a que se refiera, puesto que los derechos no nacidos no pueden ser objeto de renuncia ¹⁶.

¹³ En lo referente a la cuestión de la calificación de las infracciones de la Ley y a las sanciones que por ello correspondan, nos remitimos al capítulo correspondiente al incumplimiento de la norma.

¹⁴ Esta terminología se ha tomado de la clasificación que hace DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, p. 533) emulando a ULPIANO, que distingue entre *leges perfectae, minus quam perfectae, imperfectae* y *plus quam perfectae* según la eficacia coactiva o efecto que produce su infracción. Semejante clasificación es reproducida con mínimas variaciones por BONET CORREA, *ob. cit.*, pp. 313 y 314.

¹⁵ Ésta es la definición de renuncia de derechos que ofrecen ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO, «Comentario del artículo 6», en la obra *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 89 a 113, en concreto, p. 92.

¹⁶ Así lo considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de mayo de 1989, dado que los derechos aún no nacidos no pueden considerarse como integrantes del patrimonio de su titular. En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1992, reimp. 1993, p. 474), entienden que la llamada «renuncia preventiva» no es una renuncia en sentido técnico, esgrimiendo como principal y decisivo argumento que «no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que ese derecho no formaba parte de su patrimonio». LÓPEZ LÓPEZ (*Derecho Civil. Parte General*; coordinado por A. LÓPEZ y V. MONTÉS, Valencia, 1992, p. 385) abunda en la idea

No obstante, puede entenderse que, cuando se alude a renuncia previa o *ex ante*, se está haciendo referencia a una declaración de voluntad coetánea al nacimiento del contrato, pero anterior a la manifestación del requisito necesario para ejercitar un derecho o facultad derivados del mismo contrato¹⁷. Un ejemplo ilustrará mejor la idea: cuando un arrendatario de vivienda alquila un inmueble por un plazo de un año, la ley pone a su disposición la facultad de prorrogar anualmente ese contrato hasta un máximo de cinco años desde la fecha de su otorgamiento; pero si renunciara a su derecho de prórroga a la firma del contrato, podría entenderse que tal declaración de voluntad es una renuncia previa, pues es claro que al día siguiente de la celebración del convenio carece de sentido ejercitar la prórroga, pues aún no ha «llegado el día del vencimiento del contrato»¹⁸, no se ha manifestado el requisito necesario para su ejercicio. En este sentido, sí parece importante hablar de renuncia previa¹⁹.

Por consiguiente, entendemos que la cuestión trascendental radica en determinar si, una vez adquiridos los derechos de que se trate, y con independencia del momento en que se los entienda adquiridos, en este caso, los conferidos por el artículo 17 LOCM, es posible que su titular renuncie a ellos con eficacia jurídica, o lo que es lo mismo,

de que aludir a renuncia previa es una manera impropia de hablar. Por nuestra parte, entendemos que el artículo 1935.1 CC contiene una manifestación de la irrenunciabilidad de los derechos con carácter previo a su adquisición, al disponer que no se puede renunciar el derecho de prescribir para lo sucesivo, a pesar de que sí sea renunciable la prescripción ganada.

¹⁷ En esto parece entender el Tribunal Supremo que consiste la renuncia previa, a la luz de su Sentencia de 2 de abril de 1996: «lo que no cabe, por prohibirlo la Ley, es la renuncia previa del derecho de prórroga forzosa que establece el artículo 57 de la Ley, esto es, la renuncia efectuada al tiempo de celebrarse el contrato, pero sí en cambio está permitida la subsiguiente, o sea la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante incorporación al patrimonio del arrendatario». Se trataba de un arrendamiento sometido a la LAU de 1964.

¹⁸ El artículo 9.1 LAU dispone que el contrato se prorrogará obligatoriamente «llegado el día del vencimiento del contrato», si la duración del arrendamiento fuera inferior a cinco años.

¹⁹ Con este sentido entendemos que emplea el término FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1488) para quien «... la Ley de Comercio resulta en la concesión de derechos irrenunciables *ex ante* por los beneficiados por ella (sería nulo radicalmente el pacto previo de renuncia a los beneficios concedidos en el artículo 17 de la Ley: irrenunciabilidad contraria al orden público *ex artículo 6.4 del Código Civil*; en igual sentido en el artículo 48 de la Ley)». A nuestro juicio, y dejando para un momento posterior el pronunciamiento acerca de si tales derechos son o no renunciables, el artículo 6.2 CC a que debe referirse el autor, no establece los límites de la renuncia previa, cualquiera sea el sentido que se otorgue a esta expresión, sino los de cualquier renuncia que afecte a derechos ya existentes y pertenecientes al patrimonio del renunciante. Por otra parte, el artículo 48 LOCM en absoluto alude a renuncia previa, proscribiendo la renuncia en general, ya sea explícita o implícita, de los derechos que se confieren a los *consumidores* en un capítulo concreto de la Ley. Se trata de derechos que nacen para éstos con la recepción de una oferta o la realización de un contrato, y que, por tanto, desde ese momento, ingresan en su patrimonio. En nuestra opinión, el precepto se dirige a consagrar la ineficacia (nulidad) de una renuncia efectuada tanto a la hora de celebrar el contrato, como con posterioridad a él.

se trata de decidir si existe alguna razón que permita entender que un proveedor puede declinar el sistema de garantías que la Ley le ofrece a través del artículo 17 y vincular el comportamiento del resto de los sujetos con esa decisión.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que, por regla general, nuestro Ordenamiento es permisivo con la renuncia de derechos. Ésta es la conclusión que a nuestro juicio puede extraerse del artículo 6.2 del CC con mayor seguridad, cuya redacción en forma negativa no debe llamar a engaño respecto a la sustancia de lo que en él se consagra: en principio, toda renuncia de derechos es válida, salvo que contraría el interés o el orden públicos o suponga un perjuicio para terceras personas²⁰. Lógicamente, si existe un precepto legal que expresamente proscriba la renuncia de ciertos derechos, declarándola nula u ordenando tenerla por no puesta, entonces no hay lugar a dudas; no habrá que cuestionarse si tal renuncia transgrede los límites establecidos por el artículo 6.2 CC, porque constituiría un acto *contra legem*.

Éste es el caso de ciertas leyes imbuidas de un espíritu tuitivo de partes consideradas especialmente débiles en el seno de relaciones jurídicas determinadas, como son los consumidores en la LCU²¹, en la Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles²² y en la propia LOCM²³, los trabajadores en la legislación laboral²⁴, o

²⁰ El artículo es del siguiente tenor literal: «*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*». Por otra parte, el antiguo artículo 4.2 CC, previo a la reforma del título preliminar, contenía el mismo espíritu, si bien ofrecía una redacción gramaticalmente positiva: «*Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero*».

²¹ El artículo 2.3 de la LCU dispone que: «*La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula*.

Asimismo, son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6.º del Código Civil». Como puede apreciarse, el precepto restringe la nulidad a la renuncia previa. PARRA LUCÁN (*Daños por productos y protección del consumidor*; Barcelona, 1990; p. 455, nota 356) hace notar que: «no hay que olvidar que, en cualquier caso, lo que se cuestiona es la validez de las renunciaciones «previas», esto es, con carácter anticipado. Una vez que el derecho a obtener la reparación ha nacido puede renunciarse».

²² El artículo 9 de la Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles declara la «*Irrenunciabilidad de los derechos conferidos por esta Ley.—Los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irrenunciables. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor*».

²³ Por su parte, el artículo 48 LOCM proclama la «*Irrenunciabilidad de los derechos.—La renuncia efectuada, explícita o implícitamente, por el consumidor a los derechos que le son reconocidos en el presente capítulo será nula y no impedirá la debida aplicación de las normas contempladas en el mismo*».

²⁴ Según el artículo 3.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: «*Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su*

el arrendatario en la LAU²⁵. Precisamente la constatación por la doctrina del espíritu de protección del proveedor que late en el artículo 17 y la existencia de normas declarando la irrenunciabilidad de derechos en otras leyes de proclamado carácter tuitivo como las mencionadas, ha servido a algún autor para invocar (sin emplear la palabra «analogía») la aplicación de idénticas soluciones al caso que nos ocupa²⁶.

Sin embargo, nosotros optamos por una solución más permisiva. A nuestro entender, no debe obviarse el hecho de que el legislador de la LOCM, pese a tener todas las posibilidades de declarar expresamente la irrenunciabilidad, no lo ha hecho. Y no es que sea una técnica desconocida para él, puesto que en el artículo 48 de la propia Ley, como se ha dicho, se hace uso del poder de restringir la capacidad de disposición de unos sujetos de derechos, los consumidores, tan protegidos por la Ley como puedan ser los proveedores. Por tanto, estimamos que el citado artículo 48 no debe ser esgrimido como razón de sustento de la irrenunciabilidad de los derechos contenidos en el artículo 17, como si pudiera presumirse que el legislador ha querido que aquella norma sirva de criterio hermenéutico de su voluntad en todos los casos, sino más bien, todo lo contrario, debe tomarse como referencia del hecho de que cuando aquél desea adoptar una decisión tan limitativa e importante, asume la responsabilidad de una declaración expresa.

Ello no obsta a que el poder de disposición del proveedor sea ciertamente muy limitado, porque, si bien es cierto que, como se verá en el capítulo correspondiente al incumplimiento de la norma, éste no acarrea la invalidez del acto contraventor, no lo es menos que la sanción administrativa planea sobre el comportamiento infractor del

adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

²⁵ La LAU no proclama expresamente la irrenunciabilidad de los derechos que confiere al arrendatario, pero la doctrina entiende que esta afirmación puede extraerse del tenor de su artículo 6, según el cual «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice» (la cursiva es nuestra). Sobre el particular, *cfr.*, por todos, REGLERO CAMPOS, «Comentario al artículo 6. Naturaleza de las normas», en la obra *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinada por R. BERCOVITZ, Pamplona, 1997, pp. 111 a 131, en concreto, pp. 114 a 116.

²⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, (*ob. cit.*, p. 1488) hace notar los paralelismos existentes entre la LOCM y el conjunto de normas tuitivas de la parte contratante débil por razones de orden social. Para este autor, «de hecho, similares mecanismos de defensa del contratante débil del artículo 17 LC los encontramos en toda esa legislación «social». Por su parte, LA CASA (*ob. cit.*, p. 2 y p. 16, nota 4) sostiene la irrenunciabilidad de los derechos que se contienen en el artículo 17, ya que «si se admitiera la renuncia a la incorporación del crédito del proveedor a unos determinados títulos cambiarios, se frustraría la finalidad perseguida por el legislador». No obstante, critica la rigidez del planteamiento legal de la norma.

comerciante a la hora de no documentar del modo previsto los pagos aplazados por tiempo superior a sesenta días. Así, admitiendo la hipótesis de laboratorio de que un comerciante deseara cumplir la obligación legal, y fuera su proveedor quien (por la razón que sea) no quisiera instrumentar el pago en documento provisto de acción cambiaria, la renuncia de este último no vincularía al comerciante, que podría recabar el auxilio judicial y compeler al proveedor a aceptar el documento que se le ofrece ²⁷.

En coherencia con ello, no se impone al proveedor la carga de hacer valer el derecho a la documentación como sí ocurre con la exigencia de aval bancario o seguro de crédito o caución y carece de toda relevancia, desde el punto de vista administrativo, su comportamiento en orden a la documentación en instrumento cambiario, pues únicamente se sanciona al comerciante infractor, no al proveedor que no denuncia la omisión de tal documento, o que no exige la forma requerida ²⁸.

Por tanto, entendemos que la irrenunciabilidad de los derechos del proveedor debe afirmarse cuando se constate la transgresión de los límites establecidos por el artículo 6.2 CC, esto es, cuando atente contra un interés o el orden público, o cuando ocasione un perjuicio a tercero, extremos que habrán de justificarse debidamente en cada caso ^{29, 30}.

²⁷ Por esta razón, entendemos que sólo hasta cierto punto puede decirse que el artículo 17 LOCM concede derechos a los proveedores, pues en ocasiones, tales derechos se advierten sólo como el correlato de unas obligaciones de su contraparte que sí están claramente impuestas. Es decir, la técnica legal empleada pasa por la imposición de una serie de obligaciones para cuyo incumplimiento prevé sanciones, y no, como en el caso del capítulo II del título III (donde se inserta el artículo 48), por la enunciación de una serie de derechos del proveedor.

²⁸ En efecto, el artículo 65.1, letras f) y g) LOCM dispone lo siguiente: «Tendrán la consideración de infracciones graves:

f) La falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria en los supuestos y plazos contemplados en el apartado 3 del artículo 17.

g) No dejar constancia documental de la fecha de entrega de mercancías por los proveedores o falsear este dato».

²⁹ En este sentido, entendemos que si los derechos conferidos por la LAU, así como los otorgados por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Protección de los Consumidores en el caso de Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, entre otras, son renunciables tras su adquisición, y no se esgrime la presencia de un interés o del orden público para proscribir tal renuncia, con menor razón ha de sostenerse para la protección de los proveedores.

³⁰ Por otra parte, y tal como, acertadamente a nuestro juicio, pone de manifiesto REBOLLO PUIG («Comentario de los arts. 63, 64 y 65», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, p. 908), «por mucho que las Leyes consagren frecuentemente la irrenunciabilidad de los derechos, su verdadera efectividad depende de que el titular decida ejercerlos con todas sus consecuencias. Lo que está en juego es un interés privado y si no quiere defenderlo, nadie se lo impone y, menos que nadie, la Administración».

2.3 El espíritu protector de la norma

No parece haber dudas de que el artículo 17 LOCM se inspira en el deseo de proteger a los proveedores de la erosión que de su posición en el mercado producen el progresivo alargamiento de los plazos de pago contractualmente asumidos en sus operaciones comerciales y el incumplimiento por los comerciantes de la obligación de pagar, una vez llegado el vencimiento de las deudas ³¹.

Dado que esta práctica provoca el deterioro de la situación financiera de los proveedores, que ven mermada su liquidez, algún autor ha puesto de manifiesto que la intención que late en el precepto en cuestión es la de proporcionar a los proveedores un instrumento que les facilite el descuento, de modo que puedan obtener de una forma más ágil y segura la liquidez que les resta la operación de aplazar ³². Sin embargo, no parece que ésta sea la consecuencia primeramente querida por la Ley. El propósito tuitivo da la impresión de ser más amplio, puesto que medidas como la posibilidad de exigir cautelas adicionales a la documentación cambiaria y más drásticas, cuando el aplazamiento supera los ciento veinte días, o como la imposición legal de unos altos intereses de demora, trascienden a la función de proporcionar un instrumento de descuento a los proveedores.

Por otra parte, a nuestro juicio, el punto de partida que justifica tal intención, merece al menos, algún planteamiento crítico, porque se parte de la base de que todos los proveedores se encuentran en una situación de dominio por parte de los comerciantes a la hora de realizar sus transacciones, y esto, estimamos que no es generalizable a todos los casos. Habría sido quizá, aconsejable, incluir consideraciones sobre la dimensión empresarial tanto de los proveedores como de los comerciantes afectados por el régimen de pago, del mismo modo que se hace en la disposición adicional cuarta, en la que se imponen una serie de obligaciones a las entidades de comercio mayorista y al por menor, siempre y cuando «*en el ejercicio inmediato anterior las adquisiciones realizadas o intermediadas o sus ventas, hayan superado...*» un determinado volumen ³³.

³¹ Así lo entienden ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 157); FERNÁNDEZ DEL POZO, (*ob. cit.*, p. 1488); GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 125); LA CASA (*ob. cit.*, p. 2) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 331).

³² Es el caso de PORTELLANO DÍEZ («Adquisiciones de los comerciantes», en la obra *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dirigida por PIÑAR MAÑAS Y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid, 1996, pp. 151 a 158, en concreto, p. 155) que afirma tajantemente que «La finalidad de la obligación de instrumentar el pago del modo descrito es que los proveedores puedan mejorar su financiación a través del descuento. En los antecedentes legislativos queda claro que ése y no otro es el interés del legislador» (la cursiva es del autor).

³³ En el mismo sentido, ALONSO SOTO («La obligación de vender, la regulación de los comerciantes en la ley de ordenación del comercio minorista», en la obra Ponencias:

II. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO

1. LOS SUJETOS QUE SE CONTEMPLAN EN EL ARTÍCULO COMO AGENTES DE LAS OPERACIONES CON PAGO APLAZADO: PROVEEDORES Y COMERCIANTES ADQUIRENTES DE LAS MERCANCÍAS. DETERMINACIÓN DE LA NECESIDAD Y/U OBLIGATORIEDAD DE QUE SEAN MINORISTAS

La terminología de la rúbrica del artículo 17 LOCM, dedicado, como sabemos, al «*pago a los proveedores*», y del capítulo en que se inserta (capítulo IV del título I, relativo a las «*Adquisiciones de los comerciantes*»), ha suscitado problemas de interpretación en torno al concepto mismo del comerciante a que hace referencia y al ámbito subjetivo de la norma en cuestión.

En relación con el concepto de comerciante, plantea la doctrina la necesidad de entender el término en su sentido originario y estricto, como persona que negocia comprando y vendiendo o permutando géneros³⁴, y no en el sentido amplio con que lo emplea el Código de Comercio, para el que comerciante y empresario mercantil son expresiones intercambiables³⁵.

En cuanto a los sujetos cuyas adquisiciones originan el precepto que nos ocupa, la amplitud y genericidad de las expresiones empleadas para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, que alude a «comerciantes» y «proveedores» sin ninguna otra aclaración o restricción, ha generado en la doctrina la necesidad de cuestionarse quiénes son esos sujetos a los que la Ley dice dirigirse, y, en definitiva, si ha de entenderse que el artículo 17 es aplicable a las adquisiciones de *cualquier comerciante* sin distinción de tipos o dimensión, o si, por el contrario, en armonía con la denominación de la Ley, ha de entenderse que sólo va dirigido a las de los *comerciantes minoristas*³⁶.

Jornadas sobre la Distribución Comercial, Cáceres, 1997, pp. 35 a 61, en concreto, p. 64), para quien «la norma es de carácter general y no contempla los desequilibrios de poder existentes en las relaciones entre compradores y proveedores. En este sentido, no se ha tomado en consideración que muchas veces son los proveedores, poseedores de un producto único o titulares de una marca renombrada, los que dominan el mercado».

³⁴ Esta acepción se ha extraído del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 20.^a edición, tomo I, voz «comerciar»; Madrid, 1984.

³⁵ En este sentido, *cf.* ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 168); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1494 y 1495), y LA CASA (*ob. cit.*, p. 2).

³⁶ Entre los partidarios de que el precepto es aplicable a las adquisiciones de todo comerciante, sea o no minorista, se encuentran FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1493),

Por consiguiente, para decantarse en favor de una u otra tesis, es necesario abordar una labor de interpretación de la norma, de acuerdo con los criterios propuestos por el artículo 3.1 del CC ³⁷.

1.1 Interpretación del término «comerciante»

A) INTERPRETACIÓN LITERAL Y SISTEMÁTICA

La literalidad de la propia Ley resulta de poca ayuda a la hora de esclarecer la cuestión, ya que ambas posiciones encuentran fundamento en ella.

1.º Por un lado, el propio artículo 17 y el capítulo en que se inserta emplean una fórmula amplia para designar su ámbito subjetivo: aluden a comerciantes y proveedores sin más, y hay que pensar en principio, salvo que se halle un argumento convincente en contra, que esta circunstancia no se debe a un olvido del legislador, sino a una voluntad consciente y decidida en el sentido de comprender en la norma las adquisiciones tanto de los comerciantes mayoristas como de los minoristas.

2.º Sin embargo, parte de la doctrina, encuentra en el título de la Ley, que proclama su vocación a la ordenación del *comercio minorista*, la razón de su entendimiento de que el artículo 17 se dirige sólo a los comerciantes al detalle, de forma que los actos y vicisitudes de los grandes comerciantes quedarían fuera de su ámbito objetivo ³⁸.

quien equiparando en un lapsus a los comerciantes mayoristas con las grandes superficies, llega a afirmar que el supuesto de hecho preferentemente contemplado por la norma es «la adquisición por los comerciantes mayoristas (grandes superficies) y las realizadas o intermediadas por las «centrales de compra», y LA CASA (*ob. cit.*, p. 3). LEMA DEVESEA («*Venta con pérdida y pago a proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*», conferencia pronunciada en el Hotel Eurobuilding de Madrid, el 19 de junio de 1996, documento inédito, pp. 18-19) se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 17 tanto a las operaciones concluidas entre proveedores y comerciantes minoristas, cuanto a las celebradas entre aquéllos y las centrales de compra «que actúan en nombre y por cuenta de comerciantes minoristas». Por contra, partidarios de la aplicación restrictiva del precepto únicamente a los minoristas, se muestran ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, pp. 169 a 171), PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, pp. 152 y 153) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, pp. 333 y 334).

³⁷ Para ESCRIBANO COLLADO («Comentario del artículo 1», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 37 a 43; en concreto, p. 39): «la Ley carece de una previsión concreta sobre su ámbito de aplicación. Preocupada únicamente por definir su objeto y simplificar su enunciado, no se pronuncia sobre sus destinatarios. A este respecto, la referencia al comercio minorista y la definición que se contiene del mismo son claramente insuficientes. Sobre el particular, ofrecen una mejor técnica normativa la mayoría de las leyes autonómicas que, con mayor o menor precisión, se pronuncian sobre su ámbito de aplicación, despejando dudas y ofreciendo una mayor seguridad».

³⁸ Para ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 169), «esta interpretación literal-sistemática de la norma, sin embargo, podría entrar en contradicción con una interpretación teleológica de la misma si se considerase que lo que persigue el precepto es proteger a los proveedores frente a prácticas dilatorias empleadas por algunos comerciantes».

Esta interpretación vendría avalada por la propia dicción de la Ley en su artículo 1.1, que declara tener «*por objeto principal establecer el régimen jurídico y general del comercio minorista*»³⁹.

El argumento encuentra su contrario en la propia letra del precepto transcrito, pues la Ley, al proclamar que éste es su objeto *principal*, deja abierta la puerta a otros posibles objetos *secundarios*, y no renuncia a regular en su seno cuestiones que, estrictamente, de no existir la salvedad del objeto principal, no cabrían en tal formulación⁴⁰. En este sentido, podemos mencionar el artículo 56.2 de la LOCM, que extiende la aplicación de las normas de la venta en pública subasta «*a las empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor*», de donde se desprende que hay sectores afectados por la Ley 7/1996 que no pertenecen estrictamente al del comercio minorista.

Además, tal hipótesis es contradictoria con la afirmación, compartida por quienes propugnan la aplicación restringida a los minoristas de las obligaciones establecidas por el artículo 17 LOCM, de que la norma en cuestión persigue la protección de la situación desventajosa en que se encuentran los proveedores, porque si el argumento literal se resume en que la Ley tiende a la ordenación del comercio minorista y por eso sólo a los minoristas debe aplicarse, ¿es lugar idóneo la LOCM para instalar una norma tuitiva de los intereses de una clase (los proveedores) ajena a la que la propia Ley proclama como su destinataria?

B) INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

En cuanto a los antecedentes de la LOCM, en la Proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario Catalán,

³⁹ A esta conclusión llegan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 169), quienes, tras aludir a la cuestión del objeto principal de la Ley, añaden que «las especialidades contenidas en el artículo 17 no alcanzarían, de prevalecer esta interpretación, a los comerciantes mayoristas». Para estos autores, entender que la norma es aplicable a las adquisiciones realizadas por comerciantes no minoristas constituye una «interpretación extensiva de una norma que, no se olvide, por mucho que constituya legislación civil y mercantil no deja de ser una ley especial». Por nuestra parte, creemos que el carácter de legislación especial no obsta en absoluto a que pueda propugnarse una interpretación extensiva (a pesar de que la que proponemos no lo sea), pues «especial» no significa «restrictiva de derechos». Además, tan especial es una norma dirigida al comerciante minorista, como la que afecta al mayorista, pues la especialidad reside en la condición de comerciante y no en la dimensión del mismo.

⁴⁰ Según ESCRIBANO COLLADO, *ob. cit.*, p. 38: «La Ley no tiene como *objeto principal* establecer el régimen jurídico del comercio minorista frente a las demás materias reguladas en la misma, que quedarían automáticamente calificadas como *objetos secundarios*, terminología ésta metajurídica y que, si algo pone de manifiesto, es exclusivamente la intencionalidad política del legislador de regular como preocupación principal el comercio minorista, lo cual, de ser exacto, es totalmente intrascendente para el ordenamiento jurídico».

que inició el proceso parlamentario que culminaría con la Ley 7/1996, no se aludía a proveedores y comerciantes, sino a vendedor y comprador, sirviendo el término «comerciante» para designar a uno y otro ⁴¹. Con respecto a la Proposición, la discusión sobre la exigibilidad o no de la condición de minorista carece de sentido, porque se trata de un texto con vocación de regular el comercio en general, no sólo el minorista. Ello se advierte claramente a la hora de comparar los conceptos que la Proposición y la Ley aportan sobre las actividades que regulan: mientras la Ley define el *comercio minorista* (cuyo régimen jurídico es su objeto principal, *ex* artículo 1.1) en su artículo 1.2, como «*aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento*», la Proposición define la *actividad comercial* como «*la realizada con ánimo de lucro consistente en la oferta o en cualquier forma de venta, permuta, arrendamiento o transmisión de derechos de cualquier tipo sobre mercancías o productos, naturales o elaborados, para su posterior consumo o incorporación a un proceso de producción, y asimismo la prestación en el mercado de servicios de carácter final y la intermediación en estas actividades...*».

Como puede observarse, el primer texto es mucho más restringido que el segundo, pues excluye, en principio, de la definición cualquier contrato distinto a la venta, así como el ofrecimiento de servicios. Por otra parte, al no incluirse la referencia relativa a la incorporación a un proceso productivo de los productos objeto de adquisición, puede entenderse que está excluyendo de su regulación la adquisición de mercancías destinadas a la industria, exclusión con la que no estamos de acuerdo ⁴².

El Grupo Parlamentario Popular, primer firmante de la enmienda número 227, propuso la inclusión en la Ley de un capítulo que llevaba por rúbrica «*Del pago a proveedores*». En él se hacía ya alusión a proveedores y comerciantes, pero tampoco se plantea la necesidad de esclarecer si estos últimos habían de ser minoristas, porque el objeto de la Ley que se proponía como tex-

⁴¹ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie B, núm. 10, 26 de julio de 1993, p. 12 (arts. 88 y ss. de la Proposición de Ley).

⁴² Esta interpretación es, al menos, criticable, pues no se entiende la razón por la que el destino de las mercancías deba influir en la consideración de su tráfico como «comercial» u objeto de la actividad comercial, dado que la presencia de intermediarios no fabricantes entre éstos y los transformadores de los productos es perfectamente posible. Además, no hallamos la razón por la que un comerciante deba acatar los mandatos del artículo 17 en sus adquisiciones, por ejemplo, de productos elaborados y no cuando adquiere materias primas para elaborar esos productos. (Sería, por ejemplo, el caso de una gran superficie que adquiere bases de pizza para su venta directa a los consumidores, o para elaborarlas y venderlas ya cocinadas).

to alternativo a la Proposición del Grupo Catalán era, una vez más, la total actividad comercial.

El calificativo «minorista» como delimitador de la actividad comercial que constituiría el objeto de la Ley que se estaba gestando, aparece por primera vez en la enmienda número 146, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para la modificación del título o denominación de la Ley, con la siguiente justificación: «*El título que se propone resulta más adecuado al verdadero contenido de la ley, evitando que lleve la misma denominación que un texto tan trascendental como es el Código de Comercio*»⁴³. Idéntica propuesta hizo el Grupo Parlamentario Catalán en su enmienda número 406, de modificación del título de la ley, esta vez, carente de justificación⁴⁴. Ambas enmiendas fueron aprobadas por la Ponencia con el voto favorable de los representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista y Catalán y la abstención de los ponentes del Grupo Parlamentario Popular⁴⁵.

Por último, en el trámite de presentación de enmiendas por parte del Senado se incluye una para añadir el calificativo «minorista» al término «comercio» en el título de la Ley. La Cámara Alta justificaba esta adición «*por considerarse un título más adecuado al contenido de la norma, tal y como lo define su artículo primero*»⁴⁶. Por tanto, no puede afirmarse que en la intención del Parlamento, *ab initio*, estuviera la promulgación de una Ley cuyos mandatos y previsiones fueran únicamente aplicables a los comerciantes minoristas.

C) INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

Del Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales⁴⁷, se deduce que la problemática del progresivo alargamiento de los plazos de pago a proveedores guardaba relación con todo tipo de comerciantes, y no sólo con los minoristas. Así, dicho Informe alude constantemente a las grandes entidades de distribución y centrales de compra, que no tienen necesariamente que participar de la condición de comerciante minorista tal como la define la LOCM en su artículo 1.2⁴⁸. Por consi-

⁴³ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, p. 97.

⁴⁴ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, p. 176.

⁴⁵ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-16 (Informe de la Ponencia), 25 de septiembre de 1995, p. 219.

⁴⁶ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie B, núm. 10, 26 de diciembre de 1995, p. 251.

⁴⁷ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie E, núm. 118, de 6 de febrero de 1995, pp. 1 a 6.

⁴⁸ A la misma conclusión puede llegarse a la vista del trabajo de ROMÁN GONZÁLEZ («Plazos de pago. La necesidad...», *cit.*, p. 21), donde a la luz de datos referidos a 1992 se

guiente, si las medidas que se propusieron en dicho Informe y que, en gran parte, se han adoptado en el artículo 17 de la LOCM, pretendían poner fin a esta situación, no es lógico que su ámbito de aplicación e influencia se limite al sector del comercio minorista y que no pueda extenderse a las adquisiciones realizadas por los mayoristas, ya que también éstos son protagonistas del problema y su exclusión, a más de mermar la operatividad del precepto en cuestión, supondría una discriminación y desigualdad de trato no deseables.

D) INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Analizando los fines que inspiran el artículo 17 de la LOCM, pueden extraerse dos razonamientos pertenecientes a órdenes diversos y no por ello contradictorios:

1. Desde el punto de vista de los fines perseguidos por la norma, la propia preocupación de la Ley por los proveedores, cuya protección parece inspirarla, abona la opinión de que aquélla no se dirige únicamente a la regulación de intereses de los comerciantes minoristas, puesto que la condición de proveedor, entendiéndose por tal la persona que suministra a otra bienes para que esta última los comercialice (sin perjuicio de que de otra forma el proveedor pueda vender también al consumidor final), es contradictoria con la definición de comerciante minorista que se contiene en el artículo 1.2 de la LOCM. Esto se demuestra con el hecho de que las facultades contenidas en el artículo 17 pueden ser ejercitadas «*por las personas a quienes compran las mercancías*» los comerciantes, es decir, por aquellos que venden a un comerciante, y no por quienes venden a los consumidores finales. En otras palabras, cuando la Ley confiere al proveedor los derechos contenidos en el artículo 17, lo hace *a sabiendas* de que no es un comerciante minorista (puesto que no se relaciona con el consumidor final), ya que protege sus intereses *sólo* cuando no actúa como tal comerciante al por menor. Por tanto, si la Ley declara abiertamente que alguno de los derechos que confiere no se dirigen al comerciante minorista, ¿por qué habría de entenderse que las obligaciones que instituye sólo deben ser cumplidas por los comerciantes al detalle y no también por los mayoristas?

2. Desde un punto de vista lógico, si las garantías que el artículo 17 ofrece a los proveedores no fueran exigibles por éstos más que cuando realizan transacciones comerciales con minoristas⁴⁹, sería muy fácil circunvalar la norma interponiendo en tal

pone de manifiesto que el plazo de pago a proveedores de las grandes empresas mayoristas españolas era de 111 días, mientras que el de las *pymes* mayoristas era de 90 días.

⁴⁹ Una vez más reiteramos que empleamos el término «minorista» con el sentido técnico que le atribuye la Ley de Ordenación en el artículo 1.2.

comercio a una central de compras, de modo que el proveedor vendiera directamente a esta última, que sí podría imponerle unas condiciones de aplazamiento en los pagos distintas a las establecidas por el precepto en cuestión. Además, de esta forma, quedaría muy lejos de conseguirse la finalidad pretendida por la Ley de incidir positivamente en el acortamiento de los plazos de pago imperantes hoy en el sector comercial en general y, especialmente, en el del comercio minorista.

1.2 Interpretación del término «proveedor»: hacia un concepto funcional

En cuanto al proveedor, deseamos romper una lanza en pro del carácter con que la LOCM emplea este término.

De la lectura de los estudios económicos realizados sobre la cuestión del pago a proveedores y de la inserción de los empresarios que se consideran como tales en asociaciones u organizaciones de defensa de sus intereses, así como el correlativo fenómeno asociacionista de las entidades o empresas de distribución, se desprende que el mercado está polarizado en estos dos grandes grupos, portadores de intereses claramente contrapuestos, y divididos por una barrera aparentemente infranqueable determinada por su actividad.

Sin embargo, la LOCM, al no ofrecer una definición de proveedor caracterizadora de sus rasgos esenciales, rompe en cierto sentido esa barrera, puesto que una empresa distribuidora puede perfectamente ostentar la condición de proveedor con respecto a empresas comerciales de menor dimensión. De este modo, y con independencia de que un agente (considerado proveedor en todos los sentidos) pueda vender a mayoristas y minoristas (ambos comerciantes), aquéllos, al trasladar sus productos a estos últimos se convierten también en proveedores, por lo que pueden hacer uso de lo dispuesto en el artículo 17, sin que su integración en asociaciones de comerciantes impida la mutación de su condición en función de los agentes con quienes contrate.

Esto significa que se perciben al menos dos acepciones del término «proveedor» en el mundo afectado por la norma que nos ocupa: una de carácter economicista y sectorial, que viene dada por la ocupación u objeto de la actividad (societaria o no) que desarrolla el sujeto en cuestión. La segunda, acogida a nuestro juicio por la LOCM, viene dada por la posición que en cada momento, para cada operación en concreto, ocupan los sujetos afectados por la norma. Así, la LOCM ni entra, ni debe entrar, en consideraciones relativas al objeto social o giro de cada sujeto implicado en los negocios que

regula en el artículo 17 LOCM, sino que, en nuestra opinión, adopta un *concepto funcional de proveedor*, independientemente de que éste sea extractor, fabricante, productor o comerciante.

Lo expuesto no quiere decir que esta amplitud haya sido una decisión consciente del legislador, pero lo cierto es que tampoco existen argumentos *ex lege* para entender que su intención ha sido otra, y, en cualquier caso, de la letra de la Ley la interpretación que, a nuestro juicio, se desprende es la expuesta.

1.3 Especial consideración de la posición de la central de compras

La constitución de centrales de compra es una manifestación del fenómeno del comercio asociado por motivos de gestión ⁵⁰. Son uniones de comerciantes minoristas pertenecientes a un mismo sector, que se agrupan para obtener ventajas económicas a la hora de realizar sus adquisiciones, dado que a mayor volumen de pedido, se incrementan las posibilidades de disfrutar de un mejor precio. Igualmente, las centrales de compra aprovechan eventuales ofertas que, de forma ocasional, le realizan los proveedores. A esta mejora de las condiciones de compra se añaden los beneficios de una gestión común ⁵¹.

Para llevar a cabo esta tarea, la central de compras suele adquirir personalidad jurídica propia, a través de la adopción de formas jurídicas como las sociedades cooperativas o anónimas. Sus integrantes, los comerciantes que se adhieren a la central (que no suelen tener otro vínculo jurídico entre sí), suscriben el capital y pagan una cotización fija o periódica, proporcional a sus compras, para atender los gastos de gestión ⁵².

Pues bien, la cuestión que se plantea con relación al tema que nos concierne es la siguiente: ¿puede considerarse incluida en el término «comerciante» la central de compras o actúa incluso como «proveedora» de los comerciantes minoristas que la integran? ¿Debe cumplir en sus adquisiciones las prescripciones del artículo 17 de la LOCM?

⁵⁰ Según la Dirección General de Comercio Interior («Cien cuestiones básicas de Comercio Interior», *Colección Estudios de Comercio Interior*, Madrid, 1995, pp. 211 y 212), la fórmula asociativa del comercio asociado «se podría definir como una asociación de diferentes establecimientos que, manteniendo su distinta propiedad, tienen como fin la realización de ciertas actividades comunes, relativas a la mejora de la gestión de los comercios». Cuando tal asociación se emprende por motivos de gestión, «la asociación tiene su fundamento en el hecho de que la unión de varios comerciantes permitirá la mejora de la gestión de sus respectivos negocios».

⁵¹ Todas estas afirmaciones se deben a la DGCI, «Cien cuestiones...», *cit.*, p. 227.

⁵² *Cfr. DGCI*, «Cien cuestiones...», *cit.*, p. 227.

En cualquier caso, adquiriera o no la central de compras personalidad jurídica ⁵³, sobre lo que no parecen existir dudas es acerca del hecho de que la central actúa como un intermediario. Esa intermediación puede desarrollarse en virtud de una comisión para compras, o bien, simplemente, en virtud de un mandato ⁵⁴. La cuestión polémica estriba en si esa labor de intermediación trasciende y se manifiesta al exterior, contratando la central en nombre ajeno, o, por el contrario, permanece oculta, contratando entonces en nombre propio ⁵⁵.

Partiremos de dos premisas diferentes para responder a estos interrogantes:

A) LA CENTRAL DE COMPRAS ACTÚA COMO UN COMISIONISTA DE LOS COMERCIANTES AL POR MENOR

Si la central adquiere las mercancías *en nombre y por cuenta de los comerciantes minoristas* que la componen, entonces parece que no deben suscitarse dudas acerca de si resulta o no aplicable el artículo 17 a dichas adquisiciones, puesto que la central contrata en calidad de representante de los minoristas y existe unanimidad respecto al hecho de que las adquisiciones de estos últimos quedan afectadas por el artículo en cuestión ⁵⁶. En otro caso, si la central

⁵³ Al no existir una regulación directa de las centrales de compra, la posibilidad de que sean un ente de hecho sin personalidad jurídica no puede excluirse *a priori*. Es claro que en el caso de que la central de compras adopte una forma societaria, mercantil o civil, su régimen jurídico de actuación deberá someterse y regirse por las normas que disciplinan el tipo concreto que se haya asumido y habrá de determinarse el objeto social. Pero si no es ése el caso, la central de compras no tiene por qué tener una disciplina uniforme.

⁵⁴ Ambos contratos pueden ser gratuitos o remunerados (*ex arts. 277.I CCO y 1711 CC, respectivamente*). La diferencia entre ellos estriba en que para que exista comisión mercantil que, como dice el artículo 244 no es más que un mandato cuando se dan ciertas condiciones, es necesario que tenga por objeto un acto u operación de comercio, o bien que una de las partes sea comerciante o agente mediador del comercio.

⁵⁵ Ambos tipos de comisión mercantil se contemplan en el artículo 245 CCO. En los preceptos siguientes se establecen las particularidades de régimen jurídico que atañen a una y otra modalidad de comisión.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1493) considera no sólo que las adquisiciones realizadas o intermediadas por las centrales de compra están incluidas en el artículo 17, sino que constituyen el supuesto de hecho preferentemente contemplado por el mismo. Por su parte, LEMA DEVESA (*ob. cit.*, pp. 18 y 19), tras poner de manifiesto que conforme a la definición de comercio minorista contenida en el artículo 1.2 de la Ley es claro que las centrales de compra no ejercen estrictamente tal actividad, considera que existe una razón jurídica y una razón teleológica para considerar incluidas en el artículo 17 «las operaciones concluidas entre proveedores y centrales de compra que actúan en nombre y por cuenta de comerciantes minoristas». Con respecto a la primera, estriba en que las operaciones celebradas por la central por cuenta y en nombre de los minoristas, «deben ser consideradas, a todos los efectos, como si fueran operaciones concluidas entre el proveedor y los comerciantes minoristas representados». Por lo que hace a la teleológica, estriba en que de sostenerse la opinión contraria, bastaría para burlar el artículo que los minoristas constituyesen centrales de compra.

contrata *por cuenta de los minoristas, pero en nombre propio*, surge el problema de que la relación entre la central de compras y sus asociados no trasciende al exterior, por lo que ésta no puede revestirse del carácter de los minoristas para adquirir de los proveedores. No obstante, las adquisiciones así realizadas son encargadas por los minoristas, y producen efecto jurídico en sus respectivos patrimonios, por lo que las operaciones revierten en los minoristas, con independencia de que los proveedores no puedan dirigirse directamente contra ellos para reclamar los pagos ni el cumplimiento de las exigencias del artículo 17 de la LOCM⁵⁷. Por tanto, las razones que inducen a aplicar el artículo 17 a las adquisiciones de los comerciantes minoristas, siguen estando presentes cuando esas adquisiciones se realizan mediante una comisión de compras asumida por la central, aunque ésta lleve a cabo dicha comisión en nombre propio o ajeno.

Sí es cierto, sin embargo, que esta circunstancia variable (la de la contratación en nombre del comitente o del comisionista), influye en el modo de cumplimiento de las obligaciones instituidas por el precepto que nos ocupa, pues cuando la central actúa en nombre de sus asociados, son éstos los obligados a emitir o aceptar los documentos cambiarios a que se refiere el artículo 17.3. Por contra, si la central actúa en nombre propio, sin trascender la identidad de su comitente, deberá ser ella la que emita o acepte el preceptivo documento, y es aquí donde se pone de manifiesto la importancia de la existencia o no de una personalidad jurídica de la central de compras, porque si la tiene, no habrá inconveniente alguno en que sea ella la que emita o acepte el documento cambiario pertinente, pero si no la tiene, ¿a quién podrá reclamar el proveedor el cumplimiento de las garantías del precepto que nos ocupa? Es claro que, en principio, a los asociados no, puesto que la identidad de los comitentes permanece oculta. Pero si la central no tiene personalidad jurídica, tampoco puede obligarse. Por consiguiente, dado que se trata de medidas favorecedoras y tuitivas del interés del proveedor, entendemos que debe ser diligencia suya constatar cuál es la situación jurídica de la central de compras con la que contrata, e indagar si tiene la personalidad y capacidad necesarias para adquirir obligaciones⁵⁸.

⁵⁷ Así lo dispone el artículo 246 CCO para la comisión en nombre del propio comisionista: «*Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.*»

⁵⁸ Excede al objetivo de nuestro trabajo realizar una investigación acerca de la, sin duda, interesantísima cuestión de la personalidad jurídica de las centrales de compra, por

En cuanto a la afirmación de que, teniendo personalidad jurídica, puede exigirse a la central el cumplimiento de las cautelas del artículo 17, nos basamos en nuestro argumento, anteriormente expuesto y justificado, de que *todo comerciante* (y es claro que la central comercia) que adquiera mercancías de un proveedor, ya sea minorista o mayorista, está sometido a los mandatos del precepto. De este modo, es indiferente que la central no encaje en el concepto de minorista que se desprende del artículo 1.2 de la Ley, porque la aplicación del artículo 17 excede de ese ámbito concreto.

B) LA CENTRAL DE COMPRAS ACTÚA COMO UN COMERCIANTE MAYORISTA

Si la central actúa como un comerciante mayorista que decide qué mercancías adquiere para sí y cuáles no (aunque sea teniendo en cuenta las necesidades de un mercado reducido formado por sus propios asociados), y abastece a los comerciantes minoristas que la integran, entonces, y en coherencia con nuestros anteriores argumentos, el artículo 17 se aplica a las centrales de compra por arriba y por abajo, es decir: como comerciante debe emitir o aceptar documentos cambiarios y presentar aval o seguro a requerimiento del proveedor; como proveedora, a su vez, de los minoristas (conforme a aquella inteligencia funcional del concepto que propugnábamos) puede exigir que éstos le presenten iguales garantías⁵⁹.

2. EL OBJETO DEL PRECEPTO: DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS DE OPERACIÓN QUE CAEN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO

El acotamiento del tipo de operaciones comerciales que integran el objeto de las cautelas contenidas en el artículo 17 LOCM no es cuestión baladí, pues de la interpretación de la norma que se acoja dependerá el hecho de que los proveedores puedan exigir su cumplimiento en según qué contrato.

La primera consideración que debe hacerse y que constituye el punto de partida para entender los límites objetivos del precepto que nos ocupa, es que la relación que se contempla en el artículo es claramente mercantil, puesto que el objeto de la misma lo constituyen contratos («*adquisiciones*», en la letra de la Ley) que son actos

lo que nos limitamos aquí a plantear algunos problemas que se suscitan en torno a ella y la aplicación del artículo 17 de la LOCM.

⁵⁹ En contra de la aplicación del precepto a las centrales de compra se manifiesta MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 334.

de comercio, y al menos una de las partes implicadas es comerciante y actúa en calidad de tal, por lo que puede decirse que la relación es mercantil tanto por el objeto, como por los sujetos.

En cuanto a la cuestión de qué actos o contratos pueden entenderse sometidos a la normativa instaurada por el artículo 17, se hace nuevamente necesario emprender una labor de interpretación.

La primera alusión que se contiene en la Ley acerca de cuál pueda ser el objeto de la norma, ya se hace, en sede general, y no especialmente para este precepto, en el artículo 1.2, cuando al definir el comercio minorista se declara que es la actividad consistente «*en ofertar la venta de cualquier clase de artículos*». De esta definición puede extraerse *prima facie* la conclusión de que sólo los contratos de compraventa celebrados entre proveedores y comerciantes estarán protegidos por el artículo 17 LOCM. Sin embargo, esto es erróneo, pues el tráfico entre dichos sujetos no se ajusta bien a la definición que la Ley da de comercio minorista, ya que el artículo en parte transcrito continúa precisando que tal oferta de venta de artículos habrá de hacerse «*a los destinatarios finales de los mismos*». Como puede fácilmente entenderse, el comerciante minorista a quien el proveedor «oferta» sus mercancías no es un destinatario final.

Por su parte, la rúbrica del capítulo IV, en el que se inserta el artículo 17, al aludir a las *adquisiciones* de los comerciantes, evoca una relación de propiedad entre estos últimos y los artículos que les suministran los proveedores. La redacción del propio artículo 17 induce a pensar que el legislador identifica constantemente adquisición con compraventa, lo que puede colegirse de los siguientes detalles:

1. El tenor literal del apartado 3 que alude a los acuerdos de los comerciantes «*con las personas a quienes compran las mercancías*», esto es, a los proveedores. El artículo no hace referencia a ningún otro tipo de contrato, únicamente a la compraventa.

2. El apartado 5 contiene una previsión especial para la determinación de la fecha de entrega de mercancías consumibles en el caso de que éstas hayan sido inicialmente entregadas al comerciante por un título distinto al de compraventa, pero esta previsión sólo se aplica *si finalmente se adquieren esas mercancías* por parte del comerciante; lo que puede interpretarse en el sentido de que, una vez más, el artículo 17 de la LOCM contiene una regulación aplicable únicamente a los contratos de compraventa ⁶⁰.

⁶⁰ En el Capítulo III nos ocupamos extensamente del análisis del artículo 17.5. Ahora se trae a colación como un elemento hermenéutico más que nos permita acotar el ámbito objetivo de las garantías establecidas en el artículo 17. Su texto es el siguiente: «*A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya produ-*

El hecho de la inclusión del apartado 5 en el artículo 17 podría entenderse de dos modos diversos:

1.º El régimen del artículo 17 sólo se aplica a los contratos de compraventa, salvo que lo vendido sean bienes consumibles, en cuyo caso, se aplica también a los contratos afines a la compraventa.

2.º El régimen del artículo 17 se aplica tanto a los contratos de compraventa como a los afines, pero cuando lo vendido sean bienes consumibles, se tendrá por fecha la de la entrega y no la de la efectiva adquisición del dominio.

Esta última interpretación es la que nos parece más ajustada a Derecho, puesto que el artículo 17.5 no alcanza a modificar el ámbito objetivo de todo el artículo 17, sino que se limita a establecer una regla especial de determinación de la fecha de entrega de las mercancías para el caso de que se haya producido una adquisición de las mismas posterior a su posesión en otro concepto por el comerciante.

3. La variación que la exclusiva referencia a la «venta» en el artículo 1.2 LOCM supone con respecto al objeto, mucho más amplio, incluido en la Proposición inicial del Grupo Parlamentario Catalán. En efecto, tal como apuntábamos al tratar del criterio hermenéutico histórico ⁶¹, la Proposición de Ley contemplaba un número mucho mayor de actos y contratos como componentes de la actividad comercial.

Que la compraventa está contemplada en el artículo 17 está fuera de toda duda. Como consecuencia del carácter mercantil de la relación a que antes hacíamos referencia, hay que cuestionarse si toda compraventa realizada por un comerciante, independientemente de su naturaleza civil o mercantil, estará sujeta a los mandatos del precepto o únicamente habrán de estarlo las que revistan carácter mercantil ⁶². Si se opta por esta segunda solución, habría que entender excluidas de la aplicación del artículo los contratos de compraventa que no se reputan mercantiles a tenor del artículo 326 CCO ⁶³.

cido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

⁶¹ Cfr. *supra*.

⁶² Según el artículo 325 CCO: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

⁶³ A tenor del artículo 326 CCO: «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren.

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3.º Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo».

Sin embargo, no parece que ésta sea la conclusión adecuada, puesto que el artículo 17 se extiende a las adquisiciones realizadas por los comerciantes a sus proveedores, sin que se establezcan distinciones ni exclusiones en razón del régimen jurídico, civil o mercantil, a que deba someterse el contrato de compraventa. De este modo, puede decirse que están sometidas al régimen establecido por el artículo 17 las compraventas mercantiles y las civiles realizadas por los comerciantes *en su condición de tales*, y con el propósito de revender las mercancías adquiridas, lo que deja fuera los supuestos de los apartados 1.º y 4.º del artículo 326 CCO ⁶⁴.

La doctrina es pacífica a la hora de considerar que no sólo el más tradicional contrato de compraventa debe sujetarse a las prescripciones del artículo 17, sino que también se someten al mismo otros contratos como el estimatorio, el contrato de suministro y las distintas modalidades de compraventa: con facultad de usar o probar el bien objeto de venta, ventas a ensayo o prueba y ventas *ad gustum* ⁶⁵.

En cuanto a las operaciones que dentro de una misma modalidad contractual se distinguen por el momento previsto para el pago, el artículo 17 contiene mandatos aplicables a cualquier operación, independientemente de cuál sea el momento previsto para su cumplimiento. Sí es cierto que el precepto establece unos ciertos tramos de duración de los aplazamientos de pago para ir endureciendo paulatinamente las garantías de que el mismo se atenderá en el momento establecido y, así, contempla operaciones de pago al contado, operaciones con un aplazamiento entre uno y más de sesenta días, entre sesenta y uno y ciento veinte días y operaciones de pago diferido a más de ciento veinte días, contados siempre desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías por el comerciante ⁶⁶.

⁶⁴ Para ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 171) hay que entender excluidos de la aplicación del artículo 17 los supuestos contemplados en los apartados 1.º y 4.º del artículo 326 CCO, por estar referidos, respectivamente, a la compra de efectos destinados al consumo del comprador y a la reventa del resto de acopios hechos para el consumo propio, afirmación con la que estamos de acuerdo.

⁶⁵ Así lo entienden ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172), FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1496) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 5).

⁶⁶ Por consiguiente, no estamos de acuerdo con la afirmación de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1495 y 1496), según la cual «quedan fuera del precepto las ventas con pago al contado (o anticipado) del precio. El objeto del precepto es la regulación de las compras de mercaderías con precio aplazado con una finalidad tuitiva inversa a la de la legislación de ventas a plazos». En nuestra opinión, los únicos apartados que no son aplicables a las ventas con pago al contado son por definición, el apartado 3, y por la dinámica del contrato estimatorio, el apartado 5. Sin embargo, son perfectamente aplicables a esta modalidad de pago las previsiones de los apartados 1 (que incluso establece el contado como regla general de pago en defecto de pacto), 2 y 4 del artículo 17.

III. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS COMUNES A TODO TIPO DE «ADQUISICIONES DE LOS COMERCIANTES», YA SEAN DE PAGO INSTANTÁNEO, YA SEAN DE PAGO APLAZADO

El artículo 17 LOCM contiene una regulación que resulta aplicable a cuatro tipos de operación adquisitiva:

1. Las que se finalizan mediante un pago instantáneo, generalmente simultáneo a la entrega de la mercancía adquirida.
2. Aquellas cuyo pago se aplaza por un período de tiempo inferior a sesenta días desde la entrega.
3. Aquellas cuyo pago se aplaza por un período de tiempo que se sitúa entre los sesenta y los ciento veinte días desde la entrega.
4. Las que difieren el pago hasta un momento que dista de la entrega más de ciento veinte días.

1.1 *Dies a quo* del cómputo del plazo: el momento de la entrega de las mercancías

A todas ellas resulta común el momento a partir del cual comienzan a correr los plazos y que no es otro que aquel en que los proveedores hacen entrega a los comerciantes de sus mercancías ⁶⁷. Sin embargo, la duración de cada uno de estos plazos determina la exigencia de una serie de garantías de cobro para el proveedor diferentes, más severas a medida que crece el período del aplazamiento, que justifican el interés del legislador por asegurar la constancia de la fecha de entrega.

La fijación del momento a partir del cual comienzan a contarse los plazos tiene especial importancia, porque su indeterminación podría resultar un modo de burlar las cautelas establecidas en el artículo en orden a lograr el cumplimiento de los plazos pactados, ya que la mora y, por consiguiente, la exigencia de intereses, son efectivos a partir del día siguiente al previsto para el pago ⁶⁸, pero no tie-

⁶⁷ En el mismo sentido, *cfr.* por todos, MARÍN LÓPEZ, p. 336.

⁶⁸ Así lo establece el artículo 17.4 LOCM, en plena coherencia con el artículo 63.1 del CCO. Además, la intimación del acreedor al deudor para que realice el pago no es necesaria: en primer lugar, porque el carácter «automático» del devengo de los intereses moratorios proclamado por el primero de los preceptos citados salva esa necesidad; en segundo lugar, porque el artículo 1100 *in fine* CC consagra que en las obligaciones bilaterales o recíprocas «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

ne consecuencias económicas perjudiciales para el comerciante alargar la fecha a partir de la que se cuenta el plazo, por ejemplo, recibiendo la mercancía un día determinado y haciendo constar en el albarán como fecha de recepción la fecha de emisión de la factura enviada por el proveedor, con quien puede haber pactado que dicha factura se envíe, por ejemplo, un mes más tarde. De este modo, se estaría prolongando el tiempo que el proveedor tarda en cobrar, sin que estrictamente se contabilice este período como aplazamiento del pago, aunque *de facto* lo sea.

La obligación de los comerciantes de documentar la operación de entrega y recepción de las mercancías haciendo mención expresa de la fecha en que tienen lugar, se dirige precisamente a evitar el falseamiento de tal extremo ⁶⁹.

Por su parte, el artículo 17.5, respecto de los bienes consumibles, viene a salvar el dilema que podría plantearse en cuanto a la determinación del *dies a quo* en el caso de producirse entregas no traditorias, es decir, cuando los comerciantes reciben productos para su venta, sin adquirir la propiedad de los mismos, sin asumir el riesgo de las ventas ⁷⁰. Para este supuesto, el artículo se acerca a la regla general, al prever que el momento del cómputo del plazo será el de la fecha de la entrega efectiva y no el de la fecha de adquisición por el receptor. Con esta medida se trata de evitar la inseguridad que produce la no constancia del momento de la adquisición real de las mercancías por el comerciante, aunque puede acarrear otros problemas que analizaremos más adelante, en el lugar dedicado al apartado 5 del artículo 17.

Por último, hemos de plantearnos cuál es la fecha que ha de tomarse como referencia para los casos de fraccionamiento de la entrega. El fraccionamiento puede ser consecuencia de dos factores distintos:

1. Puede pactarse la entrega fraccionada en virtud de un mismo contrato, resultando que cada acto de entrega parcial no es autónomo e independiente, sino que la entrega se entiende realizada cuando íntegramente se realiza la prestación del proveedor, esto es, cuan-

⁶⁹ Esta obligación de documentación, como sabemos, se establece en el artículo 17.2 LOCM. Su contravención está tipificada como infracción grave en el artículo 65.1 letra g), ya que normalmente quien deja constancia escrita de la fecha de entrega de las mercancías y tiene, por tanto, mayores posibilidades de falsear el dato es el comerciante. No obstante, la letra del último precepto citado puede inducir a error acerca del sujeto infractor que se contempla, como ya explicaremos con ocasión del tratamiento del régimen del albarán (Cfr. *infra*).

⁷⁰ La misma idea expresa MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 336 y ss: «El precepto hace referencia a aquellos contratos, como el estimatorio o el de depósito, que transfieren la posesión a quien después se convierte en adquirente de los mismos».

do se efectúa la última entrega parcial, salvo pacto de las partes en el sentido de entender que la fecha de cada entrega parcial debe tener virtualidad propia. En este caso, si las partes no expresan una intención diversa, se tomaría como fecha *a quo* del aplazamiento la de la última entrega ⁷¹.

2. El fraccionamiento puede ser elemento natural del contrato, como ocurre en el caso del suministro, en el que cada entrega de mercancías constituye una prestación independiente, con un régimen de pago autónomo. En estos casos, la fecha que ha de tomarse en consideración es la de cada una de estas entregas.

1.2 La obligación de los proveedores de indicar en la factura el día en que debe producirse el pago. Incidencia en la obligación de los comerciantes de entregar documentos con acción cambiaria aparejada

El artículo 17.2.II LOCM establece que «... *los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago*».

En primer lugar, hemos de hacer hincapié en la redacción de la Ley, que, como puede apreciarse, alude a la obligación de los proveedores de consignar en su factura la fecha prevista para el pago de la deuda, pero en absoluto se refiere a una lógica obligación del proveedor de emitirla o entregarla al comerciante.

Sin embargo, la necesidad de que el proveedor proceda a enviar la factura al comerciante puede deducirse de los siguientes factores:

1. La existencia en el ámbito tributario del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre (modificado posteriormente por los Reales Decretos 1841/1991, de 30 de diciembre, en su artículo 3 y 267/1995, de 24 de febrero, también en su artículo 3, que *obliga* a emitir factura por operación, además en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías. Su contravención constituirá un ilícito administrativo-fiscal, sujeto a las sanciones tributarias correspondientes ⁷².

2. Desde el punto de vista civil o sustantivo, en la LOCM se configura como una *carga* del proveedor, ya que la norma supedita

⁷¹ Así ocurriría en el contrato de obra por fases, en el que puede pactarse la entrega de las distintas etapas de la construcción sin que el precio sea exigible hasta la finalización de la misma, o bien el pago (aplazado o no) de cada fase de la obra a partir de su realización.

⁷² El régimen fiscal de la obligación de expedir factura excede del objetivo de nuestra investigación, por lo que no profundizaremos en esta cuestión. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1501).

la obligación de documentación por parte de los comerciantes al previo envío de la factura por el proveedor, a pesar de la previsión inicial de que la emisión o aceptación del documento cambiario debía hacerse en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías, y no desde el envío o recepción de la factura ⁷³.

Sin embargo, desde el punto de vista de la potestad sancionadora de la Administración por infracción de la LOCM, tampoco parece tratarse de un comportamiento debido, puesto que lo que se tipifica como infracción es el falseamiento de la fecha de entrega de las mercancías que no tiene que constar necesariamente en la factura, realidad que es cuando menos criticable, puesto que a los comerciantes sí se les impone la obligación, respaldada por la tipificación como infracción grave de su incumplimiento, de entregar a los proveedores el documento dotado de ejecución cambiaria (*ex art. 65.1 letra f)* de la LOCM).

El artículo 17.3 LOCM no contempla la posibilidad de que la factura se envíe o llegue a manos del comerciante después de los treinta días de la recepción de las mercancías, en cuyo caso, creemos que deberá emitirse el documento cambiario en el mínimo plazo necesario para que el comerciante realice las diligencias oportunas, sin que se le concedan términos especiales para cumplir con esta obligación ⁷⁴. Algún autor entiende que, a pesar de que la Ley aluda a la emisión de la factura, lo correcto es aguardar a que el comerciante la reciba para entender efectiva su obligación de instrumentar el pago en documento cambiario, entre otras cosas, porque la fecha de pago que deberá hacer constar en dicho documento habrá de ser coincidente con la que el proveedor haya consignado en su factura ⁷⁵. A nuestro juicio, adoptar esta solución sin mayores matices no resuelve el problema de la inseguridad que produce el desconocimiento del momento de emisión de la factura por el proveedor, sino que, simplemente, lo sustituye por la indeterminación e ignorancia del momento en que el comerciante la recibe. Pero el punto de partida es correcto: lo importante es que la factura llegue a poder del comerciante, por eso sería aconsejable que se exigiera que la remisión per-

⁷³ En el mismo sentido interpretan la norma FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1501 y 1503) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 10). ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174) dan un paso más, al entender que «de no haberse remitido previamente la factura, no puede correr plazo alguno en contra del adquirente», interpretación que consideramos excesiva y no ajustada a la letra de la Ley.

⁷⁴ Para LA CASA (*ob. cit.*, p. 11), la documentación del comerciante deberá hacerse de forma inmediata. En contra, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174).

⁷⁵ Es el caso de LA CASA (*ob. cit.*, p. 11), quien entiende que, pese a que el artículo 17.3 LOCM aluda sin más a la remisión de la factura por parte del proveedor, «deberá aguardarse, a lo que creemos, a la recepción del mencionado documento por el comerciante para considerar verificada la exigencia legal».

mitiera dejar constancia de la fecha de la recepción, enviando la factura, por ejemplo, con acuse de recibo. De este modo, constaría tanto la fecha de emisión como la de recepción del documento. En cualquier caso, esto no eliminaría el hecho de que el plazo de treinta días, sin prórrogas contempladas por la Ley, que se concede al comerciante para cumplir con su obligación de documentación cambiaría se compute desde la fecha de recepción de las mercancías y no desde la de emisión o recepción de la factura.

Tampoco contempla la LOCM la posibilidad de que la factura contenga errores o incorrecciones formales o de que la mercancía sufra avatares que condicionen y modifiquen la realidad de la operación que consta en la factura. Así lo lógico es que en ésta se hagan sentir los efectos de circunstancias como, por ejemplo, las devoluciones de productos defectuosos. Es decir, la Ley no contempla la existencia de un plazo de subsanación de errores, y ello no es cuestión baladí porque la factura determina menciones esenciales de los documentos cambiarios que se exigen al comerciante, como pueden ser la fecha de pago y el importe de la cantidad aplazada.

En efecto, no es lógico que el comerciante se obligue cambiariamente por un importe (fijado en la factura) correspondiente a mercancías que no ha recibido y ello porque, si bien puede ocurrir que éstas sean inmediatamente reemplazadas por el proveedor, puede también suceder que el reemplazo no sea posible o se dilate en el tiempo debido a multitud de factores: escasez de existencias, problemas en el transporte, discusión sobre el agente causante del deterioro, etc. En estas circunstancias, la emisión o aceptación de documento cambiario por parte del comerciante, sin esperar a la recepción de la factura correcta y acorde con la realidad de la operación, puede suponer un reconocimiento de deuda con efectos irreversibles si el título circula, ya que a quien presenta dicho título al cobro no podrían oponérsele las excepciones derivadas del negocio causal subyacente celebrado entre el proveedor y el comerciante ⁷⁶, y, además, un enriquecimiento injusto para el proveedor que negocia el título en función del importe total que incorpora.

Por esta razón, entendemos que sería aconsejable la contemplación de un plazo de subsanación de los errores materializados en la factura, suficientemente amplio como para que se produjera una verificación o comprobación del estado de las mercancías recibidas y de la legalidad extrínseca e intrínseca del documento expedido por el proveedor. Además, no es de extrañar que la práctica acoja de

⁷⁶ Cfr. arts. 20 y 67 LCC.

hecho esta solución, de modo que el comerciante no se obligará cambiariamente en tanto no se le entregue una factura a la que preste su total conformidad ⁷⁷.

En relación con esta cuestión, el Grupo Parlamentario Catalán, a través de la Enmienda número 487 ⁷⁸, propuso la inclusión en la Ley de un artículo de nueva redacción dedicado a las «Anomalías en el Albarán y Factura», que finalmente no aparece entre las enmiendas aprobadas por la Ponencia ⁷⁹.

En otro orden de cosas, el elemento más importante de la factura, aparte de servir de medio de prueba de la existencia de la deuda, es la obligación de los proveedores de fijar en ella la fecha de pago, que deberá reproducirse en el documento cambiario y que servirá de

⁷⁷ Esta propuesta no es, en esencia, novedosa: ya el Informe de la Ponencia... (BOCG, «V Legislatura», serie E, núm. 118, de 6 de febrero de 1995, p. 5) proponía que se estableciera en la Ley un plazo de diez días desde la entrega del albarán para que el comerciante pusiera en conocimiento del proveedor las deficiencias observadas en el envío o en la factura remitida por el proveedor, para que éste las subsanara: «Transcurrido ese plazo, y una vez subsanadas las posibles deficiencias, el proveedor deberá emitir nota de cargo o abono sobre la factura en la que habrá de constar la fecha de pago acordada». Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular, primer firmante de la Enmienda número 227 a la totalidad de la Ley (BOCG, serie E, núm. 10-14, p. 131) propuso un texto alternativo en el que por primera vez se contiene un capítulo dedicado al pago a los proveedores. En el artículo 18 de dicho texto se disponía que la obligación legal de pagar el precio no contara hasta «una vez puestos los artículos o productos a disposición del comerciante y dándose éste por satisfecho».

⁷⁸ La enmienda número 487 (BOCG, serie B, núm. 10-14, de 11.10.94, p. 201) era del siguiente tenor:

«Anomalías en el Albarán y Factura

1. *El comprador dispondrá de un plazo de 10 días a partir de la fecha de recepción de las mercancías, para comunicar al proveedor cualquier anomalía o deficiencia observada en la cantidad o calidad de las mismas.*

2. *El proveedor, una vez constatadas estas posibles anomalías o deficiencias, emitirá nota de abono o de cargo a las facturas correspondientes, no pudiendo el comprador denegar el pago de la factura en la parte no afectada por las anomalías o deficiencias señaladas, en los términos acordados entre ellos, especialmente la fecha de pago.*

3. *En el caso de existir anomalías en los términos de la factura que, no se refieran a cantidad o calidad y que fueran señaladas al proveedor dentro de los 4 días siguientes a la recepción de la misma o de los 15 días después de la recepción de la mercancía, el proveedor corregirá estas anomalías con notas de abono o de cargo o emitirá una nueva factura, en el plazo máximo de 7 días.*

4. *Pasados los plazos expresados sin que el comprador haya comunicado diferencias en la entrega o en la factura, deberá pagar ésta por su valor facial en el plazo convenido sin perjuicio de posterior reclamación.*

5. *En ningún caso, estas anomalías darán lugar a un aplazamiento de la fecha de pago convenida.»*

⁷⁹ Así se hace constar en el informe de la ponencia, BOCG, serie B, núm. 10-16, de 25 de septiembre de 1995, p. 219. Curiosamente, en el texto aprobado por esta ponencia para el entonces artículo 18 (hoy 17 LOCM) no figuraba alusión alguna a la obligación de entregar factura por parte del proveedor: el actual artículo 17.2.II LOCM no tenía correlativo a estas alturas de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, sí se la tenía en cuenta en el artículo de nueva redacción antes transcrito. No es hasta el trámite de aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG, serie B, de 26 de septiembre de 1995, núm. 10-17, p. 239), cuando aparece el texto de lo que hoy es el artículo 17.2.II, entonces artículo 18.2.II LOCM.

dies a quo del cálculo de los intereses moratorios ⁸⁰. Sin embargo, el envío tardío de la factura puede ser una válvula de escape de la obligación de entrega del documento en un plazo determinado, porque el comerciante no tiene que cumplirla mientras no reciba la factura, y el proveedor no comete ilícito alguno (aparte del fiscal) cuando no la envía en plazo ⁸¹. De este modo, no es imposible que incluso haya vencido un aplazamiento de más de sesenta días sin que la factura se haya enviado y sin que, por tanto, el comerciante haya atendido su obligación de documentación.

Algún autor ha calificado de superflua la norma contenida en el artículo 17.2.II LOCM, por entender que se limita a recoger un uso habitualmente observado en el comercio ⁸². A nuestro juicio, tal calificación no es acertada, por las siguientes razones:

1.º La fuerza normativa del uso, reconocido como fuente del Derecho en los artículos 2 CCO y 1.3.II CC, depende de que resulte debidamente probado por aquel que pretenda hacerlo valer. La inclusión de la obligación de expedir factura en la LOCM eleva el rango del uso a la categoría de fuente primaria del Derecho y releva de la necesidad de probarlo ⁸³.

2.º La elevación del rango normativo de uso a ley evita la posibilidad de que puedan plantearse contradicciones entre usos contrarios imperantes en plazas distintas, y la consiguiente necesidad de ventilar en un proceso cuál es el prevalente.

3.º La Ley, categoría a la que se eleva la obligación de expedir factura, es, como se ha dicho, fuente primaria del Derecho, en tanto que la costumbre sólo rige en defecto de ley, por lo que de esta manera se incrementan las medidas de defensa a disposición del favorecido por la norma, ya que ésta no puede ser derogada por otra costumbre de signo contrario, vincula directamente a los Jueces y Tribunales, consta por escrito, lo que posibilita el recurso, etc.

Además, sólo hasta cierto punto puede decirse que la obligación de expedir factura constituyera un uso con anterioridad a la

⁸⁰ Esta obligación se establece como tal en el artículo 17.2.II y se la menciona en el 17.3 LOCM.

⁸¹ Para GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 127), «esta redacción tan precisa destierra usos equívocos en beneficio de los propios proveedores, tales como señalar el pago a tantos días vista o a tantos días fecha o remitir al efecto de comercio conexo a la factura».

⁸² Es el caso de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500). Por su parte, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172) matizan que, aunque la norma podría resultar innecesaria por recoger un uso habitual «la absoluta trascendencia de la constancia de esas fechas a los efectos del cálculo de intereses moratorios y de la aplicabilidad de los mecanismos de garantía que se regulan en el apartado 3, de una parte, y a los relativos a la infracción tipificada en el artículo 65.1.g), de otra, justifica plenamente su existencia».

⁸³ En el mismo sentido, LA CASA, *ob. cit.*, p. 17, nota 42.

LOCM, puesto que en el Derecho tributario el Real Decreto antes citado ya la imponía ⁸⁴.

1.3 La obligación de los comerciantes de documentar la recepción por su parte de las mercancías. El albarán

El artículo 17.2 LOCM impone a los comerciantes que reciben las mercancías la obligación de documentar «*en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha*».

La doctrina es pacífica a la hora de señalar al albarán como el documento idóneo para esta operación, ya habitualmente empleado en el tráfico con anterioridad a la LOCM ⁸⁵.

Se trata de un documento destinado a dejar constancia de la realización de la operación de entrega y recepción de las mercancías por el comerciante adquirente de las mismas, así como de la fecha en que dicha operación tiene lugar. Su eficacia probatoria, hasta ahora no reconocida expresamente en un texto legal, se incrementa sensiblemente ⁸⁶: se le otorga una máxima relevancia, porque se le erige en el documento esencial para la prueba de la fecha de entrega, a partir de la cual comienza el cómputo de los plazos de pago ⁸⁷. De hecho, el albarán viene a completar la función probatoria de la factura, ya que ésta por sí sola se muestra insuficiente para acreditar la recepción de las mercancías por parte del comerciante. Además, al ser determinante la fecha de la entrega para la exigibilidad de las garantías que el artículo 17.3 LOCM otorga a los proveedores en orden al cobro de sus créditos, el albarán se convierte en un documento necesario para hacer valer estos derechos, desde el momento en que es él quien acredita la fecha de entrega ⁸⁸.

Por esta razón, entendemos que en caso de discordancia entre una posible mención de la fecha de entrega en la factura u otros

⁸⁴ La norma regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, si bien su eficacia se circunscribe al ámbito tributario. Es de esperar, en buena lógica, que los proveedores a quienes se dirige el artículo 17.2.II ostenten alguna de estas condiciones.

⁸⁵ Al albarán se refieren FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500), LA CASA (*ob. cit.*, p. 10), PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 153) y GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 126).

⁸⁶ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500); LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) y GONZALO ANGULO, (*ob. cit.*, p. 127).

⁸⁷ Para MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 335: «La trascendencia del albarán es grande, pues la jurisprudencia, además de tomar en consideración a veces las cláusulas de sumisión incluidas en él, le suele otorgar un valor probatorio de la entrega de la mercancía por el vendedor y, por ende, del cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre él, de manera que la ausencia de albarán, o la existencia de uno firmado por el comprador o por algún apoderado o mandatario suyo, comúnmente se hace equivalente a la falta de prueba de la entrega de la mercancía vendida».

⁸⁸ En el mismo sentido, GONZALO ANGULO, *ob. cit.*, p. 128.

documentos adicionales, como pueden ser los recibos de porte de los transportistas, debe prevalecer la fecha indicada en el albarán, que acredita no sólo la entrega, sino también la recepción.

En la práctica, en el albarán se hace constar la cantidad y descripción (al menos mínima) de las mercancías que se reciben, la fecha en que la entrega tiene lugar y la firma de la persona que se encarga de recibirlas ⁸⁹.

Por otra parte, la expedición o firma del albarán no significa que el adquirente dé su aquiescencia a la mercancía entregada, ya que el contrato puede prever el examen de la misma en días siguientes y no de forma inmediata ⁹⁰, así como puede ocurrir que el adquirente aprecie defectos en las mercancías con posterioridad a la entrega, dado que éstos no eran evidentes en ese momento ⁹¹. A estos efectos, nada impide mencionar en el albarán la salvedad de que la recepción se admite sujeta a las resultas de un posterior examen de las mercancías en el plazo legal o contractualmente fijado. En definitiva: el albarán no impide el normal desenvolvimiento de la aceptación final de las mercancías, ejercicio del derecho de desistimiento, acciones de reclamación por vicios ocultos, etc. En caso de que existiera mercancía defectuosa que fuera objeto de devolución para su reemplazo, podría tenerse en cuenta la posibilidad de expedir un nuevo albarán con una nueva fecha para la entrega de las mercancías reemplazantes.

En coherencia con la importancia que desde ahora se le atribuye, estimamos que su regulación debería ser objeto de desarrollo reglamentario, del mismo modo que la factura, si bien la ordenación de ésta actualmente existente se debe más a motivos fiscales que sustantivos. En dicha reglamentación, desde nuestro punto de vista, sería aconsejable regular con detalle las menciones que han de constar en este documento, así como diseñar un sistema que contemplara el reflejo de las vicisitudes de los géneros en los albaranes y en el precio final de la transacción, junto con el arbitrio de algún mecanismo capaz de establecer una relación directa de coherencia entre los datos recogidos en la factura del proveedor y el albarán del comerciante.

⁸⁹ No se exige una legitimación especial para proceder al recibo de las mercancías, que puede efectuarse tanto por el comprador (*ex* artículo 336 CCO), como por alguno de sus auxiliares o dependientes autorizados para ello (*ex* artículo 295 CCO).

⁹⁰ Aun en defecto de pacto contenido en el contrato, el artículo 336 CCO concede al comprador *«el derecho de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo...»*.

⁹¹ Sobre esta materia, *cfr.* los artículos 336 y ss. CCO.

Por último, hay que decir que el artículo 65.1 letra g) tipifica como infracción grave «no dejar constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías por los proveedores o falsear este dato». Se trata de una infracción que se materializa en el albarán, dado que la omisión de la fecha de entrega se traduce en la omisión de esta mención en el albarán, mientras que el falseamiento de la misma consiste en la alteración o discordancia de la fecha que consta en dicho documento con respecto a aquella en que realmente tuvo lugar la recepción de las mercancías por el comerciante.

Hay que decir que la literalidad del precepto en cuestión puede conducir a equívocos, porque parece que el sujeto a que la norma alude como infractor es el proveedor, lo que puede hacer pensar que es sobre él sobre quien pesa la obligación o carga de expedir el albarán o, al menos, de consignar en él la fecha de la entrega (de este modo pueden interpretarse las palabras «por el proveedor», que parecen ser el complemento agente de una oración pasiva). Sin embargo, esta interpretación parece contradictoria con la literalidad del artículo 17.2.I LOCM, según la cual «los comerciantes... quedarán obligados a documentar» el acto de entrega y recepción de las mercancías, por lo que ha de concluirse que el sujeto infractor del artículo 65.1 letra g) es el comerciante⁹². No obstante, esta parquedad de la Ley suscita alguna duda: ¿en qué queda esta obligación del comerciante? ¿Es él el encargado de redactar y confeccionar el albarán o cumple simplemente firmándolo?

En la práctica, el proveedor suele expedir el albarán, como mínimo, por duplicado y entregar al comerciante ambas copias para su firma y sellado, aunque en ningún lugar se establece que esta conducta deba realizarse necesariamente así⁹³. Una de estas copias queda en poder del comerciante y la otra la conserva el proveedor⁹⁴. Tal vez a esto se deba esa posible interpretación del artículo 65.1 letra g) según la cual el sujeto infractor es este último, teniendo en cuenta que parece ser él quien suele confeccionar el documento de entrega. No obstante, hemos de hacer hincapié en el hecho de que es al comerciante a quien la Ley obliga a documentar la operación de

⁹² Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, p. 1500: «El comerciante que no deja constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías o falsea este dato comete un ilícito tipificado en el artículo 65.1.g) de la Ley».

⁹³ En contra, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 334), para quien «el documento lo expide el comprador («comerciante» en la terminología legal), y será normalmente firmado, aunque el precepto nada dice sobre este aspecto, por quien hace materialmente la entrega, ya sea el vendedor, directamente o por apoderado o mandatario (cfr. art. 281 del CCO), ya sea el transportista de la mercancía, y por quien la recibe, bien el comprador o algún apoderado o mandatario suyo».

⁹⁴ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 10).

entrega y recepción de las mercancías, con independencia de cuál sea la práctica en cuanto a la confección del albarán.

1.4 La obligación legal de pagar intereses moratorios y la determinación de su cuantía. Remisión de la cuestión de la incidencia de esta obligación en la documentación cambiaria

El artículo 17.4 LOCM dispone lo siguiente:

«En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquel en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por ciento superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior».

Como puede verse, se prevé el devengo de intereses de demora para el caso de que el comerciante no atienda sus obligaciones de pago, tanto cuando éste deba hacerse al contado, como cuando haya sido objeto de aplazamiento. Además, se establece igualmente la obligación de abonar los intereses moratorios también en el caso de que la fecha de pago no conste expresamente, a través de la remisión al apartado 1 del propio artículo 17, que, como es sabido, suple la ausencia de acuerdo sobre dicha fecha señalándola para el mismo día de la recepción de las mercancías ⁹⁵.

De acuerdo con la letra de la Ley, se trata de intereses que se devengan de forma automática, es decir, sin necesidad de que se produzca una intimación al pago por parte del proveedor acreedor ⁹⁶. Esto no significa que este último no deba reclamar judicialmente los

⁹⁵ En este caso, es la Ley la que está estableciendo el vencimiento del contrato, posibilidad que tiene en cuenta el artículo 63.1.º del CCO a los efectos de sustraer a la mora de la necesidad de interpelación judicial por parte del acreedor.

⁹⁶ Esta medida es coherente con el artículo 1100 *in fine* del CC en el que se establece que en las obligaciones recíprocas, como es la adquisición de mercancías del proveedor por el comerciante, *«desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro»*, lo que elimina la necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial del pago. Por su parte, y en coherencia con el anterior, el artículo 63.1.º del CCO dispone que *«los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento»*. De lo expuesto, puede deducirse que no estamos de acuerdo con la afirmación de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1504) según la cual la no necesidad de previo requerimiento o intimación que consagra el artículo 17.4 de la LOCM está *«contra la regla establecida en el artículo 1100 para las «obligaciones civiles»*. Este autor se olvida del último inciso de dicho artículo y del tipo de obligaciones a las que se refiere (las recíprocas), tipo al que pertenece, como se ha dicho, la que nos ocupa. Esta observación puede hacerse extensiva a las opiniones de LA CASA (*ob. cit.*, p. 13) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p.157).

intereses de demora si tiene voluntad de cobrarlos, sino que la mora no depende de que el proveedor efectúe o no un requerimiento de pago, del tipo que sea, al comerciante.

Además, la norma fija el tipo aplicable para determinar su cuantía, que se establece en un 50 por 100 superior al señalado para el interés legal, salvo que las partes hayan acordado un tipo más elevado. Se trata de una norma de mínimos, por lo que parte de la doctrina entiende que no podría pactarse un interés inferior al establecido por el artículo 17.4, aunque sí superior al mismo: ése es el margen permitido a la autonomía de la voluntad ⁹⁷.

El propósito de esta medida consiste en disuadir a los comerciantes de dilatar el pago de sus obligaciones comerciales, haciendo que la asunción de los costes por intereses moratorios deje de resultarles rentable ⁹⁸. Se pretende con ello acabar con una práctica según la cual los comerciantes recurren al crédito proveedor para obtener financiación en los mercados de dinero, o para financiar su inmovilizado, de forma más barata que el crédito financiero. Sin embargo, la doctrina se muestra crítica con la operatividad del apartado en cuestión, poniendo de manifiesto que los proveedores, en aras de la continuidad de sus relaciones con los comerciantes, no exigirán los intereses legalmente fijados, de igual modo que no se exigía con anterioridad a la LOCM el interés legal del dinero ⁹⁹.

No obstante la claridad del precepto legal, en la práctica, pueden encontrarse, insertas en los contratos, cláusulas, con frecuencia impuestas por los distribuidores, en las que el proveedor declara que los intereses moratorios ya han sido tenidos en cuenta en el precio, calculados a un interés no inferior al legalmente fijado, de forma que

⁹⁷ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 173) exponen que «la Ley no aclara si para enervar la aplicación del interés legal incrementado en un 50 por ciento basta con que se haya pactado un interés superior al legal, aunque inferior al incrementado, o si este último se aplicará en todo caso salvo que el tipo sea superior al mismo», para concluir que a la vista de la finalidad del precepto parece más conforme con la voluntad del legislador esta última interpretación. En el mismo sentido, *cfr.* PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 158, nota 12.

⁹⁸ En el mismo sentido, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1505) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 158). Sin embargo, para MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 342), «como consecuencia de la progresiva disminución de los tipos de interés, no puede considerarse seriamente que un tipo del 11,25 por ciento sea disuasorio para el deudor».

⁹⁹ PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 158) opina que los proveedores no exigirán intereses moratorios fijados de acuerdo con el interés legal del dinero porque, «por un lado, ya habían sido tenidos en cuenta por el proveedor para establecer el precio de la mercancía y, por otro, no deseaba estropearse los vínculos con el comerciante. Ahora que se ha incrementado su base de cálculo en un 50 por 100, aún menos probable será que se exijan al proveedor ante el temor a reacciones negativas». Por su parte, GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 125), señala que es muy posible que el proveedor renuncie a exigir los intereses moratorios, al igual que ocurre con el aval bancario o los seguros de crédito o caución. En el mismo sentido, *cfr.* MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 342 y ss).

se elimina la posibilidad de que el proveedor reclame judicialmente las cantidades devengadas en concepto de intereses moratorios. Son cláusulas de un tenor literal muy semejante al siguiente: «*Los precios incluyen intereses por el aplazamiento en el pago desde la fecha de la factura hasta su efectivo abono por el comprador, en las fechas y condiciones estipuladas, calculados a un tipo no inferior al del interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos*»¹⁰⁰. A primera vista puede apreciarse que es imposible que los intereses se hayan incluido en los precios pactados, puesto que no es posible conocer *a priori* el tiempo por el que se demorará el pago. Igualmente frecuente es la inclusión de cláusulas en las que los proveedores renuncian a reclamar intereses moratorios en ciertos casos¹⁰¹.

Estos intereses deberán sumarse a los que deriven de la falta de atención de los documentos cambiarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 LCC, en su caso¹⁰².

1.5 La norma especial de determinación de la fecha de entrega en el caso de operaciones sobre bienes consumibles

El artículo 17.5 establece lo siguiente:

«A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

Se trata de un precepto que, tras su aparente sencillez, encierra multitud de problemas jurídicos de no fácil solución y al que ya alu-

¹⁰⁰ Esta cláusula ha sido extraída de un contrato real de suministro de materiales de construcción, proporcionado a esta investigadora por CEPCO (Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de Construcción) y se reproduce en muchos otros. La identidad y datos de estos contratos no se facilitan para preservar la intimidad de las partes. Para el caso de que el contrato sea público, rige la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 116 contiene una disposición similar a la del 17.4 de la LOCM. También en los contratos sometidos a la citada Ley se insertan cláusulas como ésta: «Los precios anteriormente indicados comprenden los intereses especificados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con su oferta y con el precio y forma de pago pactados, y que están en todo caso implícitos en el/los precio/s consignado/s».

¹⁰¹ Así ocurre en la siguiente cláusula, extraída del mismo contrato a que antes se aludió: «Aquellas facturas que en cumplimiento de los dos apartados anteriores tuviesen su vencimiento el día 15 o siguiente hábil del mes de agosto quedarán aplazadas al día 15 o siguiente hábil del mes de septiembre renunciando el proveedor a reclamar intereses por este aplazamiento».

¹⁰² La relación entre la obligación de emitir o aceptar un documento cambiario y la previsión del devengo de intereses moratorios es tratada muy extensa y adecuadamente por LA CASA, *ob. cit.*, pp. 13 y ss.

dimos cuando tratamos la cuestión de la determinación del *dies a quo* del cómputo de los plazos por los que se difiere el pago de la deuda contraída por los comerciantes con sus proveedores.

Es una norma especial, aplicable a los bienes consumibles, que persigue armonizar el régimen de determinación de la fecha de entrega de estos bienes con el previsto en los apartados anteriores para bienes de distinta naturaleza. Seguidamente, analizaremos por separado las cuestiones que, a nuestro juicio, revisten mayor complejidad.

El artículo 17.5 de la LOCM es una norma jurídica completa en cuanto a su estructura. Establece un supuesto de hecho y a su producción encadena una consecuencia jurídica. Esta última parece clara: «*se entenderá por fecha de la entrega aquella en que efectivamente se haya producido*». Sin embargo, resulta más complicado desentrañar su supuesto de hecho: se habla de una entrega que puede responder a más de un título; los bienes que se entregan han de ser consumibles; las mercancías deben ser finalmente objeto de adquisición por «el receptor»... Como puede apreciarse a simple vista, cada una de éstas es una cuestión jurídica problemática en sí, más aún cuando se establecen relaciones entre ellas

A) EL OBJETO DE LA NORMA: LOS BIENES CONSUMIBLES

El artículo 17.5 de la LOCM no contiene una definición de qué deba entenderse por bienes consumibles, y tampoco efectúa remisión alguna a norma concreta que sirva para delimitar el ámbito material al que se circunscribe, por lo que habremos de acudir a las normas generales. Pero ni el Código de Comercio ni el Código Civil contienen una definición de qué sean bienes consumibles. Este último cuerpo legal define los bienes fungibles, a los que parecen asimilarse, como aquellos bienes muebles «*de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman*» (art. 337 CC).

Como puede verse, se trata de una definición muy amplia y válida casi para todo objeto, puesto que no incluye una aclaración de la cantidad de usos de que debe ser susceptible un bien sin consumirse para excluirlo de la categoría de los bienes consumibles ¹⁰³; sin

¹⁰³ PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154) acude a los artículos 481 y 482 del CC para inferir una definición: «por bien consumible ha de entenderse aquel cuyo uso provoca no su mero deterioro, sino su destrucción». Pero esta definición no resuelve el problema del tiempo o las veces que ha de usarse el bien sin que se destruya para no considerarlo consumible. Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 337) considera que «reúnen sin duda esa condición los productos alimenticios y de droguería, que son los principalmente afectados por el problema de la demora en el pago a que quiere poner coto el artículo 17 LOCM. Sin embargo, hay otro tipo de bienes, que seguramente se encuentran también afectados

embargo nos parece la delimitación de bienes más cercana al espíritu de la regulación que late en el artículo 17.5 LOCM ¹⁰⁴.

B) HACIA UNA INTERPRETACIÓN DEL COMPLEJO ARTÍCULO 17.5 DE LA LOCM

El artículo 17.5 de la LOCM alude a un acto de entrega de mercancías hecha por el proveedor al comerciante, cuya fecha se trata de determinar claramente para evitar confusiones y falseamientos de este dato. Directamente, como veremos ¹⁰⁵, se alude a un solo acto de entrega: aquel en que de forma efectiva el proveedor traslada al comerciante la posesión de las mercaderías ¹⁰⁶. Sin embargo, sí se hace referencia a más de un título justificativo de tal traslado posesorio: la entrega puede producirse inicialmente como consecuencia de algún contrato distinto a la compraventa, pero el precepto sólo es de aplicación si «el receptor» acaba por adquirir (ahora sí mediante la compraventa) las mercancías objeto de la entrega.

La doctrina estima que el precepto en cuestión es particularmente apto para recoger parte de la problemática del contrato estimatorio, atípico en nuestro Derecho, pero totalmente consagrado por la práctica ¹⁰⁷. Se trata de un contrato por el que «una de las partes (*tradens*) entrega a otra determinadas cosas muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose ésta (*accipiens*) a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de las cosas que venda y el resto de las no vendidas» ¹⁰⁸.

Como puede verse, esta definición hace que el contrato estimatorio encaje, al menos aparentemente, bien en la letra del artículo 17.5 de la LOCM, puesto que el proveedor entrega las mercancías al

por ese problema en la medida en que son distribuidos por las grandes superficies, que sólo de una manera muy forzada pueden considerarse como «bienes consumibles».

¹⁰⁴ A este respecto no podemos coincidir con la opinión de PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154, nota 5) según la cual «la técnica de delimitación del ámbito de aplicación de la norma mediante la remisión a una categoría tan amplia como es la de cosas consumibles deja abierta la espita a la circunvalación legal. Literalmente nada impide que ciertos bienes consumibles que no suelen distribuirse a través del contrato estimatorio (*v. gr.*, relojes digitales de gama baja, utensilios domésticos, etc.), a partir de ahora sí lo sean a fin de eludir el artículo 17 LOCM». Creemos que este tipo de bienes no son estrictamente bienes consumibles.

¹⁰⁵ En páginas sucesivas abordamos la cuestión de si en el artículo 17.5 de la LOCM se contempla, explícita o implícitamente, más de un acto de entrega.

¹⁰⁶ En este sentido creemos que debe entenderse la expresión «*se entenderá por fecha de entrega aquella en que efectivamente se haya producido*». (La cursiva es nuestra).

¹⁰⁷ *Cfr.* ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1496 y ss.); LA CASA (*ob. cit.*, p. 5); PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 336).

¹⁰⁸ *Cfr.* SECO CARO, *Derecho Mercantil*, tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, p. 320.

comerciante para que las venda y no en concepto de compraventa, es decir, en principio, esa entrega no responde a que el comerciante haya comprado al proveedor las mercancías, sino que éste las entrega a aquél para que las venda a un tercero (título inicialmente distinto al de compraventa). De ahí que algún autor haya puesto de manifiesto que se trata de «un contrato mixto o intermedio entre el depósito, la comisión y la compraventa»¹⁰⁹.

Sin embargo, la cuestión se complica con el presupuesto o condición de que se hace depender en el artículo 17.5 de la LOCM la consecuencia jurídica establecida: la fecha de la entrega será la del traslado posesorio efectuado por el proveedor al comerciante «*siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor*». Es precisamente esta adquisición final la que distorsiona el panorama que antes parecía tan claro, porque no es frecuente que el comerciante realice esa adquisición final en el contrato estimatorio. Esto enlaza directamente con otra de las cuestiones problemáticas anteriormente enunciadas: la de quién es «el receptor» a que alude el artículo 17.5. Pero veamos más detenidamente por qué el presupuesto de la adquisición final de las mercancías por «el receptor» es, cuando menos, un elemento extraño.

Partiendo de la base de que «el receptor» sea el comerciante, se nos presentan las siguientes posibilidades:

1.º Si el comerciante cumple la finalidad para la que el proveedor le entregó las mercancías, esto es, si las vende a un tercero, entonces hay que entender que el comerciante no ha adquirido para sí las mercancías vendidas, sino que ha actuado de modo semejante a como lo haría un comisionista de ventas. En este caso, el comerciante no es quien traslada la propiedad de las cosas vendidas al adquirente (consumidor final, previsiblemente), sino el proveedor, que aún era el propietario de las mismas. Por tanto, parece claro que, en el supuesto de que el comerciante venda a un tercero las mercancías que el proveedor le entregó, y si «el receptor» a que alude el artículo 17.5 de la LOCM es el propio comerciante, entonces no se verá cumplida la condición de que se haya producido una adquisición final por parte de éste, por lo que lo establecido en el artículo 17.5 no será de aplicación.

Cabría quizá pensar que lo que se ha querido decir en el artículo 17.5 es que la adquisición del tercero va a depender o va a presuponer que el comerciante ha adquirido previamente para poder, a su vez, vender al tercero, pero esta interpretación es criticable, por lo siguiente:

¹⁰⁹ Cfr. SECO CARO, *ob. cit.*, p. 320.

a) No responde a la dinámica de las cosas en el tráfico jurídico y mercantil, donde las exigencias de la agilidad impiden propugnar que cada poseedor de unas mercancías en un momento determinado tiene que ser necesariamente su propietario.

b) El artículo 17.5 no lo establece así de forma inequívoca, ni esta exigencia parece compatible con la contemplación por parte del propio precepto de la celebración entre proveedor y comerciante de contratos distintos al de compraventa y hábiles para trasladar al comerciante únicamente la posesión de las mercancías y alguna suerte de poder o facultad especial de disposición sobre ellas.

2.º Si el comerciante no cumple con la finalidad para la que el proveedor le entregó las mercancías, lo lógico es pensar que se las devolverá, porque la razón de ser del contrato estimatorio estriba en que el comerciante no desea correr la aventura de comprar unos géneros que no sabe si tendrán o no la salida al mercado deseable. En este caso, es aún más claro que no se cumple con la condición impuesta por el artículo 17.5, y ahora sin dudas: resulta indiferente incluso quién pueda ser «el receptor» que se menciona, dado que no ha habido adquisición final por parte de nadie, ni comerciante, ni tercero, y las mercancías han sido devueltas.

3.º Resta la hipótesis, ciertamente improbable, pero en definitiva posible, de que el comerciante que no ha vendido las mercancías que se le entregaron, decida no devolverlas al proveedor, sino comprárselas. Este caso, que, como decimos, es el más infrecuente, es el que menos dudas suscita acerca de su contemplación por el artículo 17.5, puesto que si «el receptor» es el comerciante, entonces todo está claro: primero el proveedor le entrega unas mercancías en concepto distinto al de venta (*título inicialmente distinto de la compraventa*); más tarde, el receptor de estas mercancías las adquiere (*se produce la adquisición final que requiere el artículo*); luego entonces, de cara a los posibles aplazamientos contemplados en el artículo 17.3 de la LOCM, la fecha que se tendrá en cuenta es aquella en que efectivamente se produjo la entrega (*consecuencia jurídica establecida por el artículo 17.5*) y no la de su adquisición por el comerciante.

Esta interpretación, la de que el comerciante es «el receptor» aludido por el artículo 17.5 de la LOCM, tiene el inconveniente de que, como hemos visto, restringe el ámbito de aplicación del precepto en cuestión únicamente a aquellos casos en los que el comerciante adquiere las mercancías en algún momento, independientemente de la finalidad o el concepto (título) en que inicialmente le fueron entregadas por el proveedor. Ello deja sin resolver el problema de qué sucede cuando quien adquiere tales géneros no es el comerciante, sino un tercero a quien aquél se los ha entregado y, por ende, si

se produce un aplazamiento del pago del precio de las mercancías entre el proveedor y el comerciante, no resuelve qué fecha servirá de *dies a quo* del cómputo de los plazos: si la de la entrega del proveedor al comerciante, o la de la entrega del comerciante al tercero adquirente o la de la adquisición por este último.

Con todo, entender que el comerciante es «*el receptor*» mencionado en el artículo 17.5 de la LOCM parece lo más adecuado a la literalidad del precepto, puesto que los términos «*inicialmente*» y «*finalmente*» parecen significar que se trata de dos comportamientos desarrollados por la misma persona en dos momentos distintos, esto es, una recepción de las mercancías que le entrega el proveedor (de ahí el término «*receptor*») en virtud de cierto título jurídico (depósito, comisión, contrato estimatorio, etc.) y una adquisición posterior por la misma persona que ya tenía las mercancías en su poder, esta vez, y lógicamente, sin entrega (se trata de una *traditio brevi manu*).

Analicemos la segunda opción: que «el receptor» mencionado en el artículo 17.5 de la LOCM sea el tercero adquirente de las mercancías.

En este caso, la consecuencia jurídica establecida por el precepto se impondrá siempre que el comerciante entregue a un tercero artículos que a él le habían sido facilitados por el proveedor, y ello con independencia de quién fuera el propietario de los mismos en el momento de producirse esta entrega al tercero.

Esta interpretación tropieza con los siguientes obstáculos:

1.º El primero, y a nuestro entender, más contundente, es de orden teleológico: venimos afirmando página tras página que la finalidad del régimen del pago a proveedores establecido en la LOCM es la protección del proveedor, para lo que trata de evitarse que se alarguen indefinidamente los plazos de pago por los comerciantes que, en muchos casos, aplican a finalidades distintas del pago de sus deudas lo que ellos a su vez cobran de sus propios clientes. Pues bien: ¿qué lógica protectora tiene remitir a un posible aplazamiento el pago del comerciante al proveedor cuando se parte de la base, según esta interpretación, de que el comerciante *ya ha vendido* la mercancía y probablemente incluso ya la haya cobrado? Si la obligación de pagar nace para el comerciante (y de ahí la necesidad de fijar desde qué momento, desde qué fecha) sólo cuando ya ha vendido las mercancías a un tercero, ¿qué sentido tiene que la propia Ley traslade al proveedor la financiación del plazo de pago que eventualmente otorgue el comerciante a su cliente y, en definitiva, las vicisitudes que deba sufrir el comerciante en el cobro de sus propios créditos?

2.º Desde el punto de vista de la literalidad de la norma, parece que la palabra «receptor» se emplea para evitar la aliteración

que supondría el empleo del término «comerciante» nuevamente. Además, en el artículo sólo se alude a un acto de entrega: el del traslado posesorio de las mercancías del proveedor al comerciante, y no se hace alusión alguna a la entrega de los objetos vendidos por el comerciante al tercero, de donde se deduce que el precepto ha contemplado como «receptor» al sujeto pasivo del único acto traditorio que contempla: el comerciante. Creemos que, de este modo, los términos «entrega» y «receptor» están directamente relacionados. Hay que recordar que no en balde en el artículo 17.3 se entiende que los actos de entrega y recepción de las mercancías son las dos caras de una misma moneda y hasta se emplean de modo indistinto. Por otra parte, si la Ley quisiera aludir al tercero adquirente de las mercancías, ¿no habría resultado más sencillo hacerlo directamente, sin emplear un término susceptible de crear confusiones?

3.º Interpretando sistemáticamente el artículo 17.5 con el 17.3 también se llega a la conclusión de que «el receptor» no puede ser más que el comerciante. Y ello es así porque no debemos olvidar que la pretensión del artículo 17.5 es la de dejar constancia de la fecha de entrega de las mercancías que sirve de *dies a quo* de unos plazos de pago que han de cumplirse. Se trata de reproducir en el artículo 17.5 para los bienes consumibles la fórmula o regla general que establece el artículo 17.3 para cualquier otro tipo de bienes, dado que los consumibles, por su especial naturaleza, son objeto de una contratación con problemas específicos que no podía obviarse ni agotarse con la simple aplicación del artículo 17.3 de la LOCM.

4.º Por último, defender que el tercero es «el receptor» es tanto como dejar en manos del comerciante la fijación del momento a partir del cual nace para él la obligación de pagar al proveedor el precio de las mercancías vendidas, puesto que nadie más que el comerciante puede asegurar una serie de circunstancias esenciales como en qué momento se ha producido la venta, cuántas unidades de producto se han vendido de cada vez, etc., y resulta prácticamente imposible que el proveedor pueda probar que las cosas no son como afirma el comerciante, dado que la venta al tercero se produce en el ámbito y círculo de este último al que el proveedor, por principio, es ajeno.

Existe una tercera posible manera de interpretar el artículo 17.5, que es obviar la alusión al «receptor» y entender que es el primer traspaso de propiedad que se produzca, ya sea del proveedor al comerciante, de este último a un tercero adquirente o del proveedor al tercero adquirente mediante la intermediación del comerciante, lo que sirve de presupuesto de aplicación de la norma consagrada en el

artículo 17.5 de la LOCM ¹¹⁰. Sin embargo, a nuestro entender, esta interpretación adolece de defectos importantes: por un lado, no es coherente con la letra de la Ley, que no permite acomodar quién sea el receptor a conveniencia y voluntad de no se sabe qué sujeto, ya que la norma no dice que será de aplicación cuando se produzca una adquisición «quienquiera que sea el receptor». Por otro lado, esta teoría suma los inconvenientes anteriormente expuestos de las dos anteriores y, por su indefinición, provoca gran inseguridad jurídica, sin que sirva para responder a los interrogantes que dejamos abiertos más arriba.

Por nuestra parte, hemos de concluir que la norma del artículo 17.5 merece una severa crítica en cuanto a la técnica sintáctica empleada y en cuanto a su adecuación al fin que aparentemente se perseguía con ella, que era evitar los problemas de la duplicidad de actos de entrega y, por tanto, de fechas, en orden a la determinación del momento a partir del cual comienzan a contarse los aplazamientos de pago. Por consiguiente, también nosotros hemos de proponer una interpretación correctora del precepto que venimos comentando, sin ánimo de resolver de un plumazo la gran variedad de importantes problemas que este artículo presenta, suficientes por sí solos para justificar una tesis doctoral.

Para nosotros, el artículo 17.5 de la LOCM puede explicarse como sigue: en la práctica es frecuente que los proveedores pongan en posesión de los comerciantes una serie de mercancías, *otorgándoles un plazo para que las vendan*, a cuyo término, si no se ha producido la venta y si los depositarios no desean adquirirlas, habrán de ser devueltas al proveedor. Una vez agotado el plazo que se acuerda para intentar las ventas, el comerciante debe proceder a la liquidación con el proveedor, devolviéndole las mercancías que ni haya vendido ni desee conservar, y *fijando el precio de lo que ya no se devolverá al proveedor* a pesar de haberle sido entregado por éste. De este modo, es ya indiferente quién adquiera, si el comerciante o un tercero a su través, y se salva el hecho de que «*el receptor*» y el comerciante son uno mismo en el artículo. Es ahora cuando se establece la consecuencia jurídica: si el comerciante y el proveedor acuerdan un aplazamiento en el pago del precio de las mercancías

¹¹⁰ Esta interpretación «correctora» es la que propone PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 154) por entenderla más acorde con la voluntad del legislador. Este autor, partiendo de la base de que «*el receptor*» es el comerciante, razona como sigue: «En realidad, la activación de ese apartado de la norma no quiere vincularse únicamente a la adquisición por el receptor (*accipiens*), sino al primer traspaso de propiedad que se produzca, con independencia de quién sea el primer adquirente: comerciante –lo excepcional– o consumidor final –lo habitual–. Por lo demás, se trata de algo lógico. Sólo si finalmente se produce adquisición (cualquiera que sea el comprador) puede actuar el apartado quinto».

que han determinado, este aplazamiento no comenzará a contarse desde la fecha en que han liquidado, ni desde que ningún sujeto ha efectuado adquisición alguna, sino, en coherencia ya con la regla general, *desde que se produjo la entrega de las mercancías que no han sido devueltas*. De este modo, el proveedor no tiene que correr con la indisponibilidad de las mercancías ni con un alargamiento en el plazo de pago, puesto que el tiempo que éstas han estado en poder del comerciante, gracias a esta retroacción legal de la fecha en que nace para él la obligación del pago, cuenta como período de aplazamiento.

Somos conscientes de que esta interpretación aún no resuelve problemas como los siguientes:

1.º Es posible que no pueda darse puntual cumplimiento a la obligación de entrega del documento cambiario tal como se establece en el artículo 17.3 de la LOCM, porque puede ocurrir, y a la vista del funcionamiento del contrato estimatorio más bien parece que será lo más frecuente, que entre la fecha de la entrega efectiva y la fecha de «liquidación» de la deuda entre comerciante y proveedor ya hayan pasado más de treinta días, con lo que al menos algún aplazamiento puede escaparse de la exigencia legal ¹¹¹.

2.º ¿Cómo se salva la necesidad de que en la factura conste la fecha prevista para el pago si antes del término del plazo fijado entre comerciante y proveedor para intentar las ventas no puede conocerse el monto de la deuda y ni siquiera si ésta llegará a existir?

Sin embargo, se trata de cuestiones que tampoco quedan resueltas propugnando interpretaciones diferentes. Por otra parte, con este planteamiento estimamos que sí se da adecuada respuesta a algunos otros problemas que de ningún modo se resolvían con la literalidad de la norma, como son el de la indeterminación de las cantidades vendidas en cada momento con la variabilidad de las fechas de adquisición que ello implicaba, o el arbitrio del comerciante a la hora de dejar constancia del momento en que se producía cada adquisición y, por tanto, del instante en que se consumaba la totalidad del supuesto de hecho.

De todo lo expuesto, puede extraerse la conclusión de que el artículo 17.5 de la LOCM es una norma portadora, a nuestro juicio,

¹¹¹ En el mismo sentido, CAMACHO DE LOS RÍOS («Actualidad del contrato estimatorio: su problemática», CDC, 23 (1997) p. 200; citado así por MARÍN LÓPEZ *ob. cit.*, p. 337), observa que: «la obligación de instrumentar el pago del *accipiens* en documento cambiario que ha de emitirse o aceptarse en el plazo de treinta días desde la recepción de las mercancías, puede resultar difícil de cumplir, ya que característica del contrato estimatorio es, precisamente, el no conocerse, hasta la fecha de vencimiento del mismo, el número de mercancías que el *accipiens* va a adquirir pagando su estimación».

de más inconvenientes que ventajas, a pesar de que la intención de su inclusión en la Ley es buena. Por eso estimamos que habría de ser objeto de reforma en el futuro y, por supuesto, de un rápido desarrollo reglamentario que palíe sus evidentes defectos prontamente, en tanto se insta la modificación de la Ley.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS TÍPICAS DE LAS «ADQUISICIONES DE LOS COMERCIANTES» CON PAGO APLAZADO POR UN TIEMPO SUPERIOR A SESENTA DÍAS

2.1 **La obligación de plasmar las operaciones en documentos con acción cambiaria aparejada**

El artículo 17.3 LOCM establece que, acordado entre proveedor y comerciante un aplazamiento de pago que supere los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, *«el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada»*.

Se trata de un precepto complejo, del que seguidamente analizamos las cuestiones fundamentales por separado.

2.1.1 TIPOLOGÍA DE TALES DOCUMENTOS

El artículo 17.3 LOCM no aporta más que un calificativo del documento a que hace referencia: debe llevar acción cambiaria aparejada. Esta delimitación nos conduce inmediatamente a la LCC, ordenadora del régimen jurídico de la letra de cambio, el pagaré cambiario y el cheque, documentos todos ellos aptos para sustentar una acción cambiaria.

Sin embargo, y aunque no lo mencione expresamente el artículo 17.3 LOCM, no sólo es preciso que el documento requerido otorgue el derecho a ejercitar dicha acción, sino también que de por sí sea apto para instrumentar una operación de pago aplazado, de modo que el título pueda circular o «vivir» en el tráfico jurídico sin que el pago sea exigible al deudor de forma inmediata. La unión de ambos requisitos elimina al cheque como posible medio de instrumentación de la obligación establecida en el precepto citado, puesto que éste es siempre pagadero a la vista, y cualquier mención contenida en él

contradictoria con tal carácter se ha de tener por no puesta ¹¹². Por consiguiente, hemos de ceñirnos al análisis de la letra de cambio y del pagaré como los únicos documentos hábiles para dar cumplimiento a la expresada obligación.

En primer lugar, hemos de resaltar el hecho de que el artículo 17.3 LOCM se refiere indistintamente a que el documento cambiario en cuestión puede «emitirse o aceptarse», de donde se deduce que el comerciante puede desempeñar un comportamiento más o menos activo a la hora de cumplir la exigencia legal, corriendo con la carga de crear y poner en circulación el documento (emisión) o limitándose, simplemente, a obligarse de forma principal y cambiariamente en él (aceptación). Baste con apuntar esta idea que será retomada seguidamente, cuando abordemos el tratamiento diferenciado de la letra de cambio y del pagaré.

En segundo lugar, hay también que destacar que la Ley no especifica a quién corresponde elegir el documento cambiario en el que se instrumentará el pago, ni si deberá el comerciante, una vez decidido esto, aceptarlo o emitirlo. Por tanto, hemos de entender que se trata de una materia consagrada a la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso de que el contrato no prevea a quién corresponde la elección de estos extremos, estimamos que deberá confiarse al comerciante, en virtud del principio del *favor debitoris* ¹¹³.

Por último, hemos de considerar someramente la posibilidad de que se den circunstancias capaces de enervar la obligación legal establecida en el artículo 17.3. Se trata de circunstancias atinentes a la relación causal subyacente, como pueden ser los problemas derivados de la entrega de cosa distinta a la debida, imposibilidad sobrevenida, evicción, vicios ocultos, etc y cuyo tratamiento diferenciado excede de nuestro propósito investigador. Todos ellos pueden manifestarse antes o después de haber cumplido el comerciante con su obligación de instrumentar su deuda en documento cambiario según lo dispuesto en el precepto que nos ocupa. Si se manifiestan antes de que el comprador dé cumplimiento a la forma legalmente exigida, entendemos que no deberá cumplirse con este

¹¹² El artículo 134 LCC dispone que: «*El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputará no escrita.*»

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación. La doctrina es pacífica en este punto: cfr. ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 173); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1502); LA CASA (*ob. cit.*, p. 9); PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339).

¹¹³ En el mismo sentido se manifiesta LA CASA (*ob. cit.*, p. 9) quien acude a la aplicación análogica del artículo 1132 CC (que atribuye al deudor de una obligación alternativa el derecho de elección de la prestación con que habrá de cumplirla) para considerar que, en defecto de pacto, la elección del medio de pago debe corresponder al deudor.

mandato ¹¹⁴; por el contrario, si la entrega de la letra de cambio o el pagaré ya se ha producido, la abstracción de los títulos no permite oponer a los tenedores posteriores las excepciones personales derivadas de la relación de valuta entre el comerciante y el proveedor. Puede ser ésta incluso una razón que aconseje incluir en el documento la cláusula «no a la orden».

A) *La letra de cambio*

Mediante la entrega al proveedor de una letra de cambio ajustada en sus menciones esenciales y conformación externa a la legalidad, el comerciante da perfecto cumplimiento a la exigencia que le impone el artículo 17.3 LOCM ¹¹⁵.

Con relación a la letra cabe adoptar dos comportamientos distintos por parte del comerciante: su emisión o su aceptación, esta última constitutiva, como se sabe, de un negocio típico y exclusivo de la letra de cambio. Sin embargo, no es esto lo que entiende la doctrina. Para ciertos autores, la alusión que hace la Ley a la emisión o aceptación del documento debe interpretarse como referida a la *aceptación de la letra de cambio* (ya que, como se ha dicho, ésta es un negocio típico y exclusivo de la misma) y a la *emisión de un pagaré* ¹¹⁶.

Por nuestra parte, discrepamos de esta interpretación, porque entendemos que supone una restricción a la libertad del comerciante no justificada por el imperativo legal. Estimamos que el mandato establecido por la norma se cumple tanto si la letra es aceptada antes de su entrega al proveedor o simultáneamente a este acto, como si únicamente es librada por el comerciante, ya sea al propio cargo, ya sea por cuenta de un tercero, posponiendo la aceptación a un momento posterior. Entendemos que el hecho de que la aceptación constituya un negocio típico de la letra de cambio no significa que sea la única forma posible de adquirir obligaciones cambiarias, ni

¹¹⁴ En contra, *cfr.* LA CASA (*ob. cit.*, p. 6) para quien «el adquirente, con independencia de la actitud mostrada, deberá remitir o aceptar, en el plazo fijado para ello, el documento que lleve aparejada acción cambiaria en el que quede instrumentado el pago de la deuda contraída».

¹¹⁵ Los requisitos que han de concurrir para que un documento sea considerado como letra de cambio se expresan en el artículo 1 LCC. En cuanto a la legalidad de su conformación externa nos referimos al empleo del modelo oficial en papel timbrado, que otorga al título su fuerza ejecutiva, como se verá más adelante.

¹¹⁶ No es frecuente que se aporten explicaciones de las razones que impulsan a acoger esta interpretación. Por el contrario, es habitual asumirla para el tratamiento de otras cuestiones. Es el caso de ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 172 y 173) quienes, desde la perspectiva del comerciante, afirman que «a pesar de que a estos efectos el precepto comentado admita tanto la aceptación de una letra como la emisión de un pagaré, es probable que los comerciantes opten siempre por la primera de estas posibilidades...». En el mismo sentido, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1503); LA CASA (*ob. cit.*, p. 9); GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339).

que la alusión que hace el artículo 17.3 LOCM a ella sea suficiente para afirmar que el momento en que debe producirse es el de su entrega al comerciante y no con posterioridad. Además, si la intención del legislador hubiera sido la de disponer que el comerciante necesariamente habrá de aceptar una letra de cambio o emitir un pagaré podría haber empleado esa fórmula textual, sin que existieran obstáculos para ello. Como puede verse, abogamos nuevamente por una interpretación no restrictiva de una norma que, como el artículo 17.3 LOCM, ya lo es de por sí.

En el caso de que el comerciante decida *emitir* el documento, caben, a nuestro juicio, como ya se ha apuntado, las siguientes posibilidades:

1.º Que el comerciante gire la letra al propio cargo ¹¹⁷:

En este punto, la doctrina entiende que es preciso necesariamente que al entregar al proveedor la letra de cambio se haya producido su aceptación, porque lo contrario implicaría que el proveedor debiera efectuar una serie de diligencias o gestiones para ejercitar las acciones cambiarias dimanantes del título, en definitiva: el proveedor vería su posición acreedora debilitada por su sometimiento a una serie de cargas ¹¹⁸.

Esta interpretación es en cierto modo coherente con la afirmación doctrinal antes expuesta de que la posibilidad contemplada por la Ley es la aceptación de la letra de cambio. Sin embargo, la admisión de la doctrina de la posibilidad de que el comerciante gire una letra al propio cargo (aceptada o no, como ahora veremos) ya implica un reconocimiento de que también entra en la literalidad de la norma la *emisión de una letra de cambio*, y no sólo su aceptación ¹¹⁹.

¹¹⁷ La LCC contempla esta posibilidad en el artículo 4.b).

¹¹⁸ Ésta es la posición de LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 36), quien además resalta que «en esta línea, la doctrina presupone que el empleo de la letra de cambio implica su aceptación por el comprador». Por su parte, GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) estima que la aceptación de la letra por parte del deudor es obligada, y constituye una garantía más de la aceptación del efecto al descuento por parte de la entidad crediticia. Para este autor, la excepcionalidad del aplazamiento por encima de los 60 días justifica que la deuda tenga una existencia fuera de la relación comercial en que se originó: «Por ello se hace, además, hincapié en la aceptación del instrumento...». Sin embargo, por nuestra parte, no vemos en qué lugar insiste o recalca el artículo 17.3 la necesidad de aceptación del instrumento cambiario.

¹¹⁹ LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 36), al admitir que el comerciante podría girar una letra al propio cargo siempre que además la aceptara, está admitiendo implícitamente que la Ley no da su aquiescencia únicamente a la aceptación del efecto por parte del comerciante, sino también a su emisión. Cosa distinta es que, independientemente de quién sea el librador de la letra, éste y otros autores entiendan que, en todo caso, es indispensable la aceptación previa o simultánea a la entrega de la letra. El autor, en otro lugar (*ob. cit.*, p. 9), llega incluso a afirmar que el proveedor preferirá que el comerciante le entregue una letra girada al propio cargo, dado que de este modo recaerá sobre el comprador-librador la obligación de satisfacer el impuesto sobre actos jurídicos documentados.

No obstante, una vez más discrepamos de esta opinión por entenderla restrictiva en exceso. La Ley no impone limitaciones a las formas de aceptar o emitir el documento cambiario, por lo que hemos de remitirnos a la LCC para el tratamiento adecuado de estas cuestiones. Si a falta de librado aceptante es el librador quien responde ante todos y ante quien nadie a su vez responde ¹²⁰, no entendemos por qué razón no pueda admitirse una letra así diseñada, en la que la aceptación, si concurre, se encomiende a un momento posterior, ya que, en último caso, aun cuando la letra se presente al cobro por el proveedor sin que haya sido previamente aceptada, el librador es obligado cambiario y responde frente a los tenedores posteriores del buen fin de la misma. Además, tampoco creemos que la intención de la Ley sea eliminar del camino del proveedor hacia el cobro de su deuda cualquier impedimento u obstáculo, puesto que, como ya expresamos en su momento, el artículo 17.3 incluso le impone alguna carga en orden a tal logro, como lo es el envío de la factura al comerciante en un tiempo determinado.

Por otra parte, esta interpretación es contradictoria, a nuestro juicio, con la posibilidad, admitida por la misma doctrina que acoge la anterior visión, de que la letra sea emitida o aceptada por un tercero sin mayores matices, porque, si esto es posible, ¿qué es lo que impide que el comerciante haga lo que se le permite a alguien ajeno a la relación obligatoria? ¹²¹

2.º Que el comerciante gire la letra por cuenta de un tercero ¹²²:

Para admitir esta modalidad de constitución de la letra, es preciso partir de la base de que el artículo 17.3 LOCM no sólo permite que el comerciante acepte la letra de cambio, sino también que la emita sin necesidad de que sea aceptada conforme a lo anteriormente expuesto, por lo que aquellos que niegan esta última posibilidad tampoco entenderán posible que el comerciante lleve a cabo este comportamiento sin conculcar la legalidad vigente.

Por nuestra parte, entendemos que es otra alternativa a disposición del comerciante y nos remitimos para justificar nuestra posición

¹²⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ (*Derecho Mercantil*, Tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, p. 33) manifiesta que el librado «será el obligado principal de la letra, el que responde ante todos y ante quien nadie responde (*antes de la aceptación se encontrará en esta situación el librador*)». (La cursiva es del autor y nuestra).

¹²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1503) manifiesta: «Entiendo que puede admitirse la emisión o aceptación (o aval) por tercero (*v. gr.*, la sociedad dominante de la adquirente) cuando mejora la posición de cobro (mayor solvencia de la obligada cambiaria, por ejemplo) del proveedor».

¹²² La LCC contempla esta posibilidad en el artículo 4.c).

a las razones anteriormente expuestas con respecto a la admisibilidad tanto de la emisión como de la aceptación de la letra de cambio ¹²³.

En el caso de que el comerciante opte por *aceptar* la letra, bien sea librándola él mismo (al propio cargo, como se ha visto), bien aceptando la que el proveedor le presente, no se aprecian problemas de interés. Sólo queremos destacar el siguiente razonamiento, que enlaza con la tesis que venimos sosteniendo en este apartado, relativa a nuestro entendimiento de que no es esencial que la aceptación de la letra sea anterior o simultánea a la entrega del efecto por el comerciante al proveedor: si es posible y se admite en el artículo 17.3 LOCM que el proveedor gire la letra y la presente al comerciante para su firma ¹²⁴, es también posible que, a voluntad del proveedor, la aceptación recaiga tras un plazo, fijado por él con cierta libertad ¹²⁵. En esos casos, es claro que la aceptación por el comerciante no es ni anterior, ni simultánea al libramiento de la letra, y también es claro que en el artículo 17.3 no se contiene ninguna indicación dirigida al proveedor-librador de la letra para que presente ésta a su aceptación en un determinado *lapsus* de tiempo. Por consiguiente, si el proveedor asume la carga de presentar a su firma o aceptación la letra de cambio y no se le impone un plazo para hacerlo, no entendemos por qué ha de imponérsele al comerciante que la gira a su propio cargo ¹²⁶.

¹²³ Cfr. *supra*. Por su parte, la DGCI, en la persona de su Director general, don José Luis Marrero Cabrera, reconoce en la contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB- («En el caso de práctica del *confirming*, ¿se debe emitir documento que lleve aparejada acción cambiaria?», *Latienda-Super*, núm. 31, enero-febrero 1996, pp. 37 a 38, en concreto, p. 38), sin distinguir entre letra de cambio y pagaré, lo siguiente: «Hay que reparar en que la ley no obliga a que dicho documento sea emitido necesariamente por el comerciante, puesto que puede ser sólo aceptado por éste. Así, junto a la posibilidad de que sea el propio comerciante el que emita el documento, no debe existir inconveniente en que éste pueda ser emitido por la entidad financiera, en condición de mandataria o de comisionista, o incluso como subrogada plena en las obligaciones de pago del comerciante deudor» (la cursiva es nuestra). Estimamos que en la proposición destacada por nosotros de la interpretación que del artículo 17.3 hace la DGCI se está aludiendo a una asunción de la deuda (sin entrar ahora en si dicha asunción habría de ser cumulativa o liberatoria) del comerciante por la entidad de *confirming*, es decir, por un tercero ajeno a la relación comercial origen de la deuda cambiaria. Por consiguiente, a nuestro juicio, la DGCI admite tanto la emisión como la aceptación por un tercero del documento cambiario exigido en el artículo 17.3 LOCM.

¹²⁴ Recuérdese que, a tenor del artículo 29 LCC, la simple firma del librado puesta en el anverso de la letra equivale a la aceptación y que, en tanto no acepta, el librado no es un *obligado* a pagar, sino un *llamado* a hacerlo.

¹²⁵ El artículo 26.I LCC establece que: «En toda letra de cambio el librador podrá establecer que habrá de presentarse a la aceptación, fijando o no un plazo para ello».

¹²⁶ Si la razón estriba en no dejar al arbitrio de una de las partes (la deudora en este caso) el cumplimiento de la obligación, tampoco cabe dejarlo en manos de la otra parte, el proveedor (acreedor), en este caso. Además, aceptar no es cumplir, ni no aceptar es incumplir. El incumplimiento se produce con la negativa del librado cuando se le presen-

Una vez concluido por nuestra parte que el comerciante cumple con el mandato que le impone el artículo 17.3 tanto aceptando la letra como librándola, hemos de cuestionarnos la legalidad de una tercera posibilidad: ¿puede el comerciante cumplir con las exigencias legales *endosando* al proveedor una letra, no emitida ni aceptada por él, que tuviera en su poder en virtud de un crédito preexistente a su favor?

Si, como sostiene parte de la doctrina, la finalidad esencial que persigue la imposición de la obligación de entrega del documento cambiario es la de facilitar a los proveedores el descuento, y sólo secundariamente la de proporcionarles una garantía del cobro de su crédito ¹²⁷, hay que decir que tal objetivo se consigue también mediante el endoso de un documento cambiario no nacido *ex profeso* para documentar la relación entre el proveedor y el comerciante, ya que, según esta interpretación de los fines del artículo, lo importante es que la letra circule en el tráfico, que el crédito, mediante su incorporación al título, sea fácilmente transmisible.

Sin embargo, con ser esto cierto, el principal obstáculo de esta interpretación es la letra de la Ley, que impone al comerciante la obligación de emitir o aceptar un documento cambiario en el que conste una fecha de pago coincidente con la expresada en la factura. Esta última circunstancia, la de la necesidad de que la fecha prevista para el pago consignada en la factura y la del vencimiento del título coincidan, es, hasta cierto punto, fácilmente salvable, entregando un título con esa fecha de vencimiento. Lo que no parece sorteable es el hecho de que la Ley no ha contemplado esta posibilidad en el artículo 17.3 LOCM.

En otro orden de cosas, hemos también de prestar atención a una cuestión relativa a la conformación del título, sobre todo, cuando

ta la letra al pago. Por otra parte, recuérdese que, a tenor del artículo 26.II es el librador quien, salvo en una serie de casos tasados por el propio artículo, puede prohibir la presentación de la letra a la aceptación.

¹²⁷ Para ARIMANY Y MANUBENS, *ob. cit.*, p. 175: «Ciertamente es que el documento cambiario, aunque en menor medida que el aval bancario o que el seguro de crédito, cumple una función de garantía; pero, a diferencia de aquéllos, permite conseguir el efecto financiero del descuento y aliviar así los problemas que para la liquidez del proveedor causan los aplazamientos de pago». En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155) y GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121 y 122). Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 338) señala que no se trata de un efecto derivado automáticamente de la Ley, ya que ésta «no impone a las entidades financieras la aceptación de cualesquiera descuentos de documentos cambiarios». No obstante, justo es reconocer que el Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales (*ob. cit.*, p. 4), recomendaba la exigencia de que el comerciante entregara un documento cambiario cuando el aplazamiento superaba los sesenta días «al objeto de permitir que las empresas proveedoras puedan descontar dicho documento y mejorar su financiación».

éste es emitido por el comerciante. Se trata de si es posible imponer restricciones a la transmisibilidad de la letra, incluyendo en el título, por ejemplo, la cláusula «no a la orden». Los autores que defienden que la finalidad esencial de la norma que nos ocupa es facilitar a los proveedores el descuento, en coherencia con su pensamiento, no admiten la imposición de tales restricciones, que limitarían o impedirían la consecución del que piensan es el objetivo del precepto en cuestión ¹²⁸. Algún autor ha llegado incluso a afirmar que la inclusión de la cláusula «no a la orden» u otra similar, elimina la acción cambiaria, por lo que dicha inclusión contravendría lo dispuesto en el artículo 17.3, que exige que se entregue un documento que lleve aparejada acción de tal naturaleza ¹²⁹. Por nuestra parte, no vemos impedimento alguno en contemplar esta posibilidad, puesto que no creemos que la finalidad esencial de la norma sea la de dotar al proveedor de liquidez inmediata, que es un efecto colateral, sino la de otorgarles un instrumento especialmente efectivo de garantía de su crédito. Además, nuevamente, nos resistimos a una interpretación restrictiva del artículo 17.3, en el que en absoluto se hace referencia a la necesidad de que el título sea endosable o transmisible y al que se da perfecto cumplimiento entregando una letra no endosable ¹³⁰. Incluso pensamos que es muy posible que los comerciantes deseen

¹²⁸ En relación con esta cuestión, PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 8) se plantea la antijuridicidad de un pacto de incedibilidad extracambiarío, es decir, no reflejado en la letra, por reputarlo contrario a la finalidad perseguida por la Ley, que este autor cifra en el descuento. En cuanto a la inclusión de la cláusula «no a la orden» en la letra, no alude a ella. GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) por su parte, sin abordar directamente la cuestión, afirma sin ambages que «la Ley garantiza que, en los plazos largos, el acreedor va a poder recurrir al descuento de un efecto de comercio transmisible».

¹²⁹ En efecto, LEMA DEVESA (*ob. cit.*, p. 23) afirma lo siguiente: «cualquier leyenda o mención que se inserte en el documento para eliminar la acción cambiaria, por ejemplo, “no endosable” vulneraría la Ley y el espíritu de la norma comentada. A este respecto, la cláusula “no endosable”, supondría que la institución financiera no tendría legitimidad para protestar el documento por falta de pago, puesto que *para que un efecto lleve aparejada la acción cambiaria debe ser necesariamente endosable*» (la cursiva es nuestra). Discrepamos de esta opinión, porque, a nuestro juicio, y a la vista del artículo 14.II LCC, la prohibición del endoso por el librador, es decir, la inclusión de la cláusula «no a la orden» o similar, no priva al documento de la acción cambiaria, sino que únicamente consigue que, a partir de ese momento, la letra sólo sea transmisible con los efectos de una cesión ordinaria de créditos. Por su parte, el artículo 49 LCC establece lo siguiente:

«La acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado.

A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio, para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en los artículos 58 y 59. En este precepto no se exceptiona del ejercicio de estas acciones el caso de que la letra no sea endosable. Por otra parte, tampoco se menciona entre las causas de pérdida de las acciones cambiarias por el tenedor, contenidas en el artículo 63 LCC, la inclusión de la cláusula «no a la orden».

¹³⁰ En el mismo sentido, LA CASA, *ob. cit.*, p. 9.

incluir esta cláusula en la letra, para evitar tener que atender el título sin la posibilidad de oponer a los tenedores posteriores las excepciones derivadas de su relación con el proveedor.

También con relación a alguna de las menciones de la letra, hemos de destacar que el artículo 17.3 dispone que el título habrá de contener «*mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura*». Esto significa que habrá de expresarse en la letra la fecha de vencimiento, lo que elimina, a nuestro juicio, la posibilidad de que se entregue una letra pagadera a la vista o a un plazo desde la vista ¹³¹.

Cuestión diferente es la de la fuerza ejecutiva del documento ¹³², requerida por la LOCM, aunque no por el artículo 17.3, ya que su necesidad se infiere del texto del artículo 65.1 letra f), en el que se tipifica como infracción grave «*la falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria...*». En efecto, tal como pone de manifiesto la doctrina, la acción cambiaría a que se refiere el artículo 17.3 puede ser tanto la ordinaria como la ejecutiva ¹³³. Sin embargo, relacionando los dos preceptos mencionados se extrae la consecuencia de que el documento ha de estar provisto de fuerza ejecutiva. Como es sabido, el incumplimiento de las obligaciones fiscales por parte del librador de la letra acarrea como sanción la pérdida de la ejecutividad del título ¹³⁴. En este sentido, y buscando la interpretación correcta del artículo 65.1. letra f) de la LOCM, algún autor ha señalado que la inobservancia del requisito fiscal por parte del proveedor cuando es él quien

¹³¹ En el mismo sentido se manifiesta PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 7), aunque este autor va más allá al afirmar que «*ciertos pagarés y letras –los pagaderos a la vista y a un plazo desde la vista–, aunque permiten el aplazamiento, dejan en manos del proveedor su vencimiento. De ahí que la propia Ley los desestime al exigir que el documento en el que se instrumente el pago debe indicar expresamente la fecha de pago*».

¹³² Según el artículo 66 LCC «*la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a los efectos previstos en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los artículos 58, 59 y 62 de la presente Ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas*».

¹³³ Cfr. ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 173); LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 6).

¹³⁴ Así lo dispone el artículo 37.1 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para el caso de que la letra se extienda en efecto timbrado de cuantía inferior a la exigida para el importe de la letra. Esta misma cuestión es muy bien abordada por LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) quien, además, pone de manifiesto que la vía ejecutiva puede cerrarse también por no alcanzar el importe de la letra la *summa executionis* exigida por el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Sin embargo, en este último caso, algo improbable, entendemos que no es que el título carezca de fuerza ejecutiva, sino que él solo no es suficiente para abrir el juicio ejecutivo, por razones principalmente de economía. Esto se demuestra con el hecho de que es posible acumular títulos diversos con el objeto de alcanzar la *summa executionis* requerida por el citado artículo 1435 LEC. Por contra, en el supuesto de incumplimiento de las correspondientes obligaciones fiscales, la letra se vé privada de su ejecutividad, sin que pueda acumularse su importe al de otros títulos con el fin de reclamarlo.

libra la letra no debe perjudicar al comerciante, que cumple con las exigencias del artículo 17.3 LOCM aceptando la letra privada de fuerza ejecutiva por esa circunstancia. Por contra, si dicha situación se debe a la conducta omisiva del comerciante a la hora de liquidar el impuesto, cuando es él quien entrega una letra girada al propio cargo, entonces, habrá lugar a la imposición al comerciante de la sanción correspondiente por comisión de la infracción contemplada en el artículo 65.1 letra f) ¹³⁵.

B) *El pagaré cambiario*

Al igual que sucedía con la letra de cambio, mediante la entrega al proveedor de un pagaré cambiario ajustado en sus menciones esenciales y conformación externa a la legalidad, el comerciante da perfecto cumplimiento a la exigencia que le impone el artículo 17.3 de la LOCM ¹³⁶.

Con respecto al pagaré, sólo es posible que el comerciante lo firme, puesto que la aceptación, como ya se indicó, es un negocio típico de la letra de cambio ¹³⁷.

La propia Ley Cambiaria y del Cheque hace extensibles al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio que no sean incompatibles con su naturaleza ¹³⁸, por lo que muchas de las cuestiones tratadas por nosotros con ocasión del análisis de la letra de cambio son predicables también del pagaré. Con respecto a ellas, nos remitimos a las páginas correspondientes con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, y destacaremos ahora aquellas otras cuestiones que atañen al pagaré en concreto.

Por obvio que parezca, lo primero que hay que resaltar es que el pagaré apto para dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 17.3 LOCM es el *cambiario*, es decir, aquel por el que una persona (firmante) promete pagar una determinada cantidad a otra o a la orden de otra (tomador). Esto significa que el pagaré al portador no es un pagaré cambiario ¹³⁹, aunque, como pone de mani-

¹³⁵ Este razonamiento se debe a LA CASA, *ob. cit.*, p. 10.

¹³⁶ Los requisitos que han de concurrir para que un documento sea considerado como pagaré cambiario se expresan en el artículo 94 de la LCC.

¹³⁷ En el pagaré, la persona del firmante lleva a cabo el mismo comportamiento que el librador de la letra, es decir, emite el título (*cfr.* art. 94.7.º LCC). Sin embargo, las obligaciones que asume con dicho acto son similares a las que adquiere el librado cuando acepta. En este sentido, el artículo 97.I LCC declara que: «El firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio».

¹³⁸ *Cfr.* artículo 96 LCC.

¹³⁹ La mención del tomador es esencial según el artículo 94.5.º y sin ella el pagaré no es un documento cambiario. Para LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 37) el pagaré al portador se somete a la disciplina de los artículos 544 y ss. del CCO.

fiesto la doctrina ¹⁴⁰, un resultado práctico similar puede lograrse emitiéndolo con el nombre del tomador en blanco y completándolo en un momento posterior.

Además, puede decirse que, a efectos prácticos, la emisión de un pagaré y la de una letra girada al propio cargo y aceptada por el comerciante, son muy parecidos ¹⁴¹.

Por último, en contra de lo que sucede con la letra de cambio, el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del firmante del pagaré no priva a éste de su fuerza ejecutiva ¹⁴², a pesar de estar sujeta su emisión al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados cuando se emiten a la orden.

2.1.2 PLAZOS PARA LA EMISIÓN O ACEPTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS CAMBIARIOS

El artículo 17.3 de la LOCM no sólo impone a los comerciantes la obligación de emitir o aceptar documentos cambiarios dotados de acción cambiaria, sino que esa obligación ha de cumplirse en el plazo de treinta días desde la recepción de las mercancías. Pero, acompañando a esta exigencia legal, aparece la coletilla «... *siempre que la factura haya sido previamente enviada*». A la hora de examinar la obligación del proveedor de indicar en la factura la fecha prevista para el pago, ya hicimos oportuna referencia a la necesidad, coherente con la legislación fiscal, de que dicho documento fuera expedido en el tiempo fijado por la norma y a nuestra idea de que dicha obligación constituye una carga para el proveedor, necesaria para que fuera efectiva la obligación del comerciante de entregar el documento cambiario que la Ley le requiere.

Tal como entonces apuntábamos, estimamos que si la factura se envía con posterioridad a los treinta días siguientes a la entrega de las mercancías, el comerciante deberá emitir o aceptar el documento cambiario en un período de tiempo prudencial, ya que, aunque no se le otorguen plazos extraordinarios para cumplir esta obligación, tampoco puede dejarse *sine die* el cumplimiento de la misma ¹⁴³. No

¹⁴⁰ Cfr. DÍAZ MORENO, *Derecho Mercantil*, Tomo II; obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ; Barcelona, 1992; p. 121.

¹⁴¹ DÍAZ MORENO (*ob. cit.*, p. 115) señala que las diferencias se cifran en que el librador de una letra de cambio es un obligado en vía de regreso, mientras que el firmante de un pagaré es un obligado directo. Sin embargo, «si el librador llegara a aceptar la letra girada contra sí mismo respondería frente al tenedor como emisor de la letra y como aceptante, siendo entonces muy difícil distinguir tal letra, a efectos prácticos, del pagaré cambiario».

¹⁴² Cfr. DÍAZ MORENO (*ob. cit.*, p. 122) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 40).

¹⁴³ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174) manifiestan lo siguiente: «entendemos que, de no haberse remitido previamente la factura, no puede correr plazo alguno en con-

obstante, no deja de ser criticable que el proveedor no cometa infracción alguna cuando no realiza la entrega de la factura en tiempo y forma, ya que este comportamiento irregular redundaría en perjuicio del comerciante, sobre el que puede estar planeando la posibilidad de una sanción por infringir su obligación de entrega del correspondiente documento cambiario, comportamiento, éste sí, tipificado como infracción administrativa grave [art. 65.1.f) de la LOCM].

Respecto a esta cuestión, estimamos que no procedería atribuir al comerciante la comisión de infracción alguna en el concepto de falta de entrega del documento cambiario si tal omisión se debe al hecho de no haberle remitido el proveedor la factura correspondiente, dado que este comportamiento irregular sólo debe perjudicar a quien lo desarrolla, en este caso, al proveedor.

2.2 Garantías especiales que se otorgan a los proveedores en caso de que el aplazamiento supere los ciento veinte días desde la entrega: seguro de crédito o caución y aval bancario

El artículo 17.3 *in fine* otorga a los proveedores la facultad de exigir a los comerciantes con quienes contraten la presentación de un aval bancario, o bien la suscripción de un seguro de crédito o caución que garanticen de modo especial las operaciones cuyo pago es objeto de aplazamiento por espacio de más de ciento veinte días. Se trata de una medida que viene a sumarse (y no a reemplazar) a la exigencia de la documentación de la deuda en instrumento cambiario y que reviste un carácter accesorio de la obligación principal de pago del precio¹⁴⁴.

Como puede apreciarse, se trata de posibilidades alternativas que la LOCM concede al proveedor, sin que sea necesario el consentimiento del comerciante deudor¹⁴⁵.

Entendemos que la exigencia de aval bancario se cumple tanto con un aval cambiario, hecho constar en los documentos de tal naturaleza también exigidos por el artículo 17.3, como si éste constituye un negocio jurídico independiente¹⁴⁶. Más problemático resulta

tra del adquirente», opinión que es compartida por MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339). Por su parte, LA CASA (*ob. cit.*, p. 11) señala que, «en la hipótesis de que la factura llegue a poder del adquirente pasados 30 días desde la recepción de las mercancías, no queda otra alternativa que considerar que aquél deberá obligarse cambiariamente de manera inmediata». En el epígrafe dedicado a la obligación de los proveedores de expedir factura, nos ocupamos de las repercusiones de la misma en la obligación de los comerciantes de entregar los documentos cambiarios. Para más información, *cfr. supra*.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 175).

¹⁴⁵ En contra, PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 124.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 156.

decidir si dicho aval debe ser necesariamente prestado por una entidad bancaria ¹⁴⁷, o se cumple igualmente la exigencia legal cuando lo constituye cualquier persona física o jurídica que no sea entidad crediticia. En favor de la primera interpretación está la letra de la Ley, que califica el aval exigido como «bancario» ¹⁴⁸. En favor de la segunda posibilidad puede aducirse el hecho de que el precepto se contenta indistintamente con que el comerciante aporte como garantía un aval bancario o un seguro, ya sea de crédito o de caución, y, en estos últimos casos, no es un banco, sino una entidad aseguradora la que da solvencia a la garantía. No obstante, también puede pensarse que un banco y una aseguradora pueden presentar una solvencia equiparable y que por esta razón las garantías previstas son intercambiables. A nuestro juicio, y aun siendo conscientes de que propugnamos una interpretación *contra legem*, debiera aceptarse igualmente el aval de un tercero que carezca de la condición de entidad bancaria, si se acredita suficientemente su solvencia ¹⁴⁹.

En cuanto a los seguros de caución o crédito, como se sabe, sirven a finalidades diversas de garantía: mientras el primero cubre las eventualidades del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro (deudor de la obligación que se garantiza) y se extiende a los daños patrimoniales sufridos por el acreedor-asegurado ¹⁵⁰, el segundo se dirige «a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores» ¹⁵¹. Además, nada impide que la garantía se extienda a los intereses moratorios ordenados por la Ley, si bien, en buena lógica, es muy posible que éstos no lleguen a devengarse, dado que el avalista o la aseguradora cubrirían la obligación principal en el caso de no atenderla el comerciante ¹⁵².

¹⁴⁷ Para FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, p. 1503: «entiéndase: prestado por entidad de crédito autorizada, no sólo los bancos».

¹⁴⁸ PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 156) entiende que se trata de una utilización genérica del término «bancario», por lo que el aval podrán prestarlo tanto los bancos, como las cajas de ahorros, cooperativas de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizadas para operar en España.

¹⁴⁹ No obstante, parece que la exigencia de que el aval lo preste una entidad bancaria obedece a la presunción de solvencia que asiste a éstas cuando han sido regularmente constituidas, dado el control de tales entidades que realiza el Banco de España.

¹⁵⁰ PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 156 y ss.) pone de manifiesto que su naturaleza es discutida, por su semejanza con la fianza. Para este autor, «aunque es claro que se trata de un auténtico contrato de seguro, en la práctica puede llegar a funcionar como una fianza cuando se trate —y éste es el caso— de una obligación pecuniaria».

¹⁵¹ El seguro de caución se halla contemplado en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Por su parte, el seguro de crédito encuentra tratamiento en los artículos 69 a 72 de la misma Ley. El período en cursiva pertenece al artículo 69.

¹⁵² En el mismo sentido, ARIMANY Y MANUBENS, *ob. cit.*, p. 175.

Como puede deducirse de las propias definiciones de ambos tipos de seguro, el de caución es más dinámico, menos exigente con el «siniestro» que le sirve de presupuesto, por lo que es de esperar que sea preferido por los proveedores, ya que es más fácil que se produzca un incumplimiento que una insolvencia definitiva ¹⁵³.

Como se ha dicho, la Ley ofrece al proveedor la posibilidad alternativa de exigir alguna de estas garantías, pero no declara taxativamente a quién corresponde elegir el medio de garantía concreto, por lo que entendemos que es cuestión que puede dejarse a la determinación del acuerdo de las partes, o, en su defecto, a la decisión del comerciante, nuevamente en virtud del *favor debitoris*, ya que del modo de expresión de la Ley, puede deducirse que cualquiera de estos instrumentos es apto para satisfacer al proveedor. Este criterio del *favor debitoris* responde a que en este caso puede propugnarse la aplicación del artículo 1132 CC, esta vez no analógicamente, puesto que ahora nos encontramos ante una obligación alternativa *stricto sensu*, dado que el comerciante cumple presentando como garantía o un aval, o un seguro de crédito o un seguro de caución.

Por otra parte, tampoco se establece, en contra de lo que sucede con la obligación de la instrumentación de la deuda del comerciante en documento cambiario, el momento a partir del cual es exigible la prestación de las citadas garantías por el proveedor ni, por ende, el plazo de que goza el comerciante para su presentación ¹⁵⁴. Estimamos que la garantía es exigible por el proveedor desde el momento en que las partes acuerdan un aplazamiento de pago superior a los ciento veinte días, y que, incluso con anterioridad a este pacto, puede el proveedor imponer como condición suspensiva del acuerdo la prestación de la garantía, dada la redacción del artículo 17.3 en este punto, que establece que «para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución». En este último caso, es claro que el comerciante, si desea que se le conceda el aplazamiento, deberá prestar la garantía tan pronto como le sea posible. Pero si el aval o el seguro correspondiente no se exigen como condición del aplazamiento, sino con posterioridad a la adopción del acuerdo, ¿de qué

¹⁵³ El concepto de insolvencia definitiva es acotado por la propia LCS, en su artículo 70.

¹⁵⁴ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 175), sin pronunciarse acerca del plazo de que goza el comerciante para prestar las correspondientes garantías, opinan que «es evidente que el proveedor podrá exigir la prestación de esas garantías simultáneamente o inmediatamente después de nacida la obligación principal, es decir, a partir de la entrega y recepción de las mercancías». Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 140) estima que «el acreedor puede exigirlo en cualquier momento».

plazo dispone el comerciante para procurárselos? Pensamos que, en este caso, el comprador podrá presentar al proveedor la garantía elegida en cualquier momento anterior a la fecha de vencimiento del aplazamiento, dado que lo importante es que se halle constituida para entonces. Es claro que la prontitud con que se preste repercutirá positivamente en la situación del proveedor, que verá aumentada su solvencia si negocia el crédito, ya que no es lo mismo transmitirlo con garantías adicionales que con la sola del deudor. Pero eso es una cosa y otra distinta es que pueda exigírsele al comerciante el cumplimiento de esta obligación de forma inmediata, porque para esta afirmación no hay base en la letra de la Ley.

Es curioso, a estos efectos, comprobar que el incumplimiento por el comerciante de la obligación de presentar las garantías mencionadas por el artículo 17.3 cuando el proveedor se las exija, no está expresamente tipificado como infracción en los artículos 64 y 65 de la LOCM, por lo que la única forma de atacar administrativamente el comportamiento omisivo irregular del comerciante es, hoy por hoy, acudir al artículo 64 letra *h*) que califica de infracción leve: «*En general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica*»¹⁵⁵.

En cualquier caso, es de esperar que esta medida de garantía adicional tenga escaso seguimiento, pues los proveedores preferirán no hacer uso de ella a asumir el riesgo de perder un cliente¹⁵⁶.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA

Ante el incumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 17 LOCM, surge el interrogante acerca de los medios de reacción que proporciona el ordenamiento jurídico para atender a la lesión de los intereses en juego.

Por una parte, ha de atenderse al Derecho Administrativo sancionador, que se fijará en ciertos comportamientos para calificarlos

¹⁵⁵ En contra, opinan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 176) que la negativa por parte del comerciante a prestar las garantías requeridas «ni siquiera integraría el supuesto contemplado en el artículo 64.h) –incumplimiento de obligaciones que no sean objeto de sanción específica– ya que el artículo 17.3 no impone, en este punto, obligación alguna al adquirente, sino que se limita a reconocer una facultad al proveedor».

¹⁵⁶ Así piensa también GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 123 y ss.), para quien «*exigir aval o seguro sobre las cantidades adeudadas es una prerrogativa del vendedor, que posiblemente se resistirá a ejercer si, como es lógico, presupone que al hacerlo está condicionando la propia existencia de operaciones de venta en el futuro, ya que el comprador preferirá proveedores que no le planteen tal exigencia*».

de «infracciones» y, consecuentemente, aparejará a su comisión determinadas sanciones que pueden ser de tipología diversa. Por otra parte, existirán comportamientos infractores de la norma que no merecerán (aunque tal decisión del legislador sea discutible) la intervención de la Administración. En estos casos, se impone el recurso a la vía jurisdiccional civil ¹⁵⁷.

De ahí que en este capítulo prestemos atención tanto al régimen administrativo sancionador que se consagra en la LOCM, como a otro tipo de acciones jurídico-civiles, normalmente obviadas por los estudios doctrinales acerca del artículo 17.

1. COMPETENCIA, VIABILIDAD Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

El artículo 63.1.I de la LOCM dispone que:

«Las Administraciones Públicas comprobarán el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo fin podrán desarrollar las actuaciones inspectoras precisas en las correspondientes empresas. También sancionarán las infracciones cometidas, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir».

Las competencias sancionadoras descritas por el precepto son atribuidas por el artículo 63.1.II de la LOCM a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), sin determinar, en buena lógica, qué órgano en concreto habrá de encargarse de las labores de inspección del cumplimiento de la Ley, lo que puede derivar en una inicial inaplicación de las previsiones de la misma, en tanto esta competencia se deposite en el órgano competente ¹⁵⁸. Es de esperar que los que ya tienen la potestad sancionadora en virtud de leyes autonómicas de comercio interior en desarrollo de las respectivas com-

¹⁵⁷ REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 907) resume bien este pensamiento cuando señala que en la LOCM existen preceptos de naturaleza jurídico-privada que «establecen la posición de dos sujetos privados en sus relaciones recíprocas, consagrando derechos y obligaciones correlativos. Las consecuencias de estas normas y de su eventual incumplimiento no suponen, en principio, intervención alguna de las Administraciones públicas: o se cumplen voluntariamente por aquellos a quienes incumben o el sujeto privado que se sienta perjudicado por ello podrá acudir a los tribunales del orden jurisdiccional civil para imponer su cumplimiento u otra consecuencia (nulidad, resolución del negocio, indemnización...)».

¹⁵⁸ Para REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 911) «aquí se prevé una actividad inspectora pero sin regular cómo y con qué potestades puede desarrollarse. Las leyes autonómicas de comercio deberán abordar con más detenimiento este aspecto. Algunas, sin embargo, lo han ignorado por completo. Otras, con acierto, lo han regulado aunque sea discutible si lo han hecho con la suficiente precisión».

potencias legislativas de las CCAA asuman también las encomendadas por la Ley estatal, pero ésta es una posibilidad lógica como pueda ser cualquier otra. Comoquiera que sea, parece que la creación de órganos *ad hoc* puede suponer un gasto que difiera la aplicación efectiva de la LOCM ¹⁵⁹.

En cuanto a la apreciación de los comportamientos infractores, hemos de destacar que la Ley, en coherencia con el resto del Ordenamiento, establece la necesidad de respetar el *non bis in idem*, principio general de nuestro Derecho sancionador a tenor del cual nadie puede ser sancionado más de una vez por un mismo comportamiento antijurídico ¹⁶⁰. Así se dispone en el artículo 63.4 de la LOCM, a cuyo tenor «*en ningún caso se podrá imponer una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes*» ¹⁶¹. Ello determina un concreto rango de aplicación del régimen sancionador instaurado por la LOCM en relación con una posible concurrencia con regímenes sancionadores de otras leyes que también tipifican como ilícito conductas contrarias a la LOCM o, incluso, en relación con el Código Penal y las leyes penales especiales. Este citado rango es de segundo grado en el caso de la LOCM, según se dispone en su artículo 63.2:

«*La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia o la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de las resoluciones sancionadoras*».

Así, puede decirse que el régimen sancionador de la LOCM sólo será de aplicación en aquellos casos en que los comportamientos denunciados no constituyan infracción de normas jurídicas pertenecientes a leyes preferentes, o cuando, pese a constituir ilícitos tipifi-

¹⁵⁹ Así lo entiende CARRASCO PERERA (*ob. cit.*, p. 41) quien, refiriéndose a las CC.AA. que incrementaron sus competencias a través de la Ley Orgánica 2/1992, estima que: «De hecho, puede vaticinarse que en las Comunidades Autónomas de este tipo la disciplina de regulación administrativa intensa del mercado tiene ya garantizado su fracaso por falta de fondos públicos».

¹⁶⁰ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ DELGADO, «Régimen sancionador en la nueva ordenación del comercio minorista», en la obra Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España; Madrid, 1996; pp. 175 a 194, en concreto, pp. 185 y ss.

¹⁶¹ Según REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 921), «lo que recoge para este ámbito del comercio el apartado 4 del artículo 63 es el principio *non bis in idem* que ya proclamó el TC como principio constitucionalizado y derecho fundamental íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 CE. En puridad, lo único que significa el principio y este artículo 63.4 es la prohibición de doble castigo en ciertas condiciones».

cados tanto por la LOCM como por otras, no se haya incoado un expediente conforme a cualquiera de esa legislación preferente. En cuanto a la referencia a la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia, es, si se quiere, innecesaria, aunque no inútil, puesto que es sabido que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra y, con más razón, suspensiva de cualquier expediente administrativo sancionador.

Por lo que respecta al reflejo de las obligaciones impuestas por el artículo 17 en el sistema de infracciones tipificadas por la propia LOCM, hemos de traer a colación los siguientes preceptos:

1.º Artículo 65.1 letra f), en el que se tipifica como infracción grave *«la falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria en los supuestos y plazos contemplados en el apartado 3 del artículo 17»*.

2.º Artículo 65.1 letra g), en el que se tipifica como infracción grave *«no dejar constancia documental de la fecha de entrega de mercancías por los proveedores o falsear este dato»*.

3.º Artículo 64, letra h), en el que se tipifica como infracción leve *«en general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica»*.

Con respecto al primero de ellos, ya apuntamos en otro lugar que el artículo 17.3 impone el envío de la factura por el proveedor como condición previa del cumplimiento por los comerciantes de la obligación de entregar un documento con acción cambiaria aparejada. Es por eso que llame la atención que de forma correlativa a este artículo 65.1.f) no se haya tipificado como infracción del proveedor la omisión del envío de la factura en tiempo y forma, es decir, en los mismos plazos con que cuenta el comerciante para cumplir con la exigencia legal. A nuestro entender, ninguna sanción podría imponerse en relación con esta infracción si el comportamiento omisivo del comerciante deriva de la, a su vez, omisión del envío de la factura por el proveedor, a pesar de que la conducta de este último no sea específicamente sancionable a tenor de la LOCM.

Por lo que respecta al artículo 65.1.g), la infracción que se tipifica, consiste en el falseamiento u omisión de la constancia de la fecha de entrega de las mercancías, fecha que, como es sabido, resulta imprescindible para determinar la exigibilidad de algunas de las obligaciones que el artículo 17 impone a los comerciantes y, en menor medida, a sus proveedores. Constituye el correlato lógico del mandato consagrado en el artículo 17.2, a cuyo tenor los

comerciantes deben recoger documentalmente la fecha de entrega de las mercancías, por lo que es, una vez más, este sujeto de la relación el que se encuentra en situación de poder cometer un ilícito de este tipo a través del albarán, documento en el que, como es sabido, se hace constar la fecha de recepción ¹⁶².

Por último, en lo concerniente al artículo 64.h), hemos de señalar que la generalidad de su enunciación permite que en él «quepa todo», como en un verdadero cajón de sastre. Ese empleo de una fórmula general, no agotadora por definición de la descripción del comportamiento infractor, constituye, a nuestro juicio, el más importante elemento de crítica de este precepto, puesto que en materia de sanciones debería observarse en nuestra opinión de forma exquisita el principio de tipicidad, con el fin de evitar indeseables situaciones de indefensión. Somos conscientes de que se trata de un método muy empleado en nuestro Derecho, en leyes tan importantes como, por ejemplo, la Ley General Tributaria, pero esa profusión de uso no justifica la ausencia de crítica por nuestra parte. El principio de tipicidad puede conculcarse porque, a nuestro entender, esta «infracción-comodín» puede acomodarse en cada momento a la interpretación que se haga de la Ley, de forma tal que de esas zonas oscuras en las que no se sabe muy a las claras hasta dónde llegan las obligaciones legales ni cuál es la frontera entre lo ilícito y lo lícito (zonas que justifican trabajos como éste), pueden surgir diversas interpretaciones del alcance de la Ley y esas distintas inteligencias de las normas podrían llevar a que un mismo comportamiento se calificara como infracción simple o como nada en función del momento en que se sustanciara el expediente sancionador, con el consiguiente perjuicio para el principio de igualdad que esto supondría ¹⁶³.

¹⁶² A esta cuestión ya hicimos referencia en el capítulo III, epígrafe 1.3, correspondiente al análisis del albarán. Cfr. *supra*. Por otra parte, REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 979) pone de manifiesto que «por lo general, la infracción administrativa consistente en «falsar este dato», o sea, la fecha de entrega, no supondrá simultáneamente la realización de un delito. Pero si por la forma en que se ha producido (por ejemplo, alteración de la fecha que inicialmente constaba) o por la naturaleza del documento en que se ha hecho constar, los hechos son constitutivos de delito o, al menos, presentan *prima facie* caracteres que hagan estimar al órgano administrativo competente que pudieran merecer esa calificación penal, la preferencia absoluta de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal obligará a suspender el procedimiento administrativo sancionador y actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de esta misma Ley».

¹⁶³ Por tanto, estamos plenamente de acuerdo con las observaciones de REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, 936) al respecto: «Si se acepta esta forma de «tipificar», que ni siquiera merece tal nombre, no sólo estaremos admitiendo una norma que choca frontalmente con la necesidad de predeterminación normativa y que supone burdamente identificar tipicidad con antijuricidad, sino que estaremos socavando todo el sistema de modo que ese esfuerzo de tipificación de los demás apartados de la Ley devendría inútil».

2. ACCIONES QUE PUEDEN EJERCITAR LAS PARTES AFECTADAS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA

Como se ha apuntado con anterioridad, a tenor del artículo 63.2 de la LOCM la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia suspende la tramitación del expediente por infracción de los preceptos de la Ley que nos ocupa. De este modo, si se elige el cauce jurídico de la defensa de la competencia, nos habremos salido del elenco de acciones que *con base en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* puede ejercitar el perjudicado por el comportamiento infractor. En este caso, dicha conducta antijurídica se atacaría por constituir no ya un ilícito contra la LOCM, sino contra las leyes en concreto que se esgrimieran para tutelar los intereses conculcados, por lo que el comportamiento anti-jurídico habría de ajustarse a la descripción de las infracciones contenidas en dichas leyes. Por esta razón, porque escapa al análisis de lo que es la LOCM y el régimen sancionador aplicable al sistema de pago a proveedores, no vamos a entrar en el tratamiento de las acciones que otorgan las leyes reguladoras de la competencia ¹⁶⁴.

2.1 ¿Puede ejercitarse la acción de nulidad?

A) LA RELACIÓN ENTRE EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 17 LOCM Y LA SANCIÓN DE NULIDAD EX ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Derivado de la discusión expuesta en páginas anteriores acerca del carácter imperativo del precepto que nos ha venido ocupando, aparece el problema de si es o no ejercitable por las partes la acción de nulidad de los actos ejecutados en contra de lo que en él se establece, dado que tal acción suele unirse a la imperatividad de las normas ¹⁶⁵. A la hora de ocuparnos del carácter de la norma, ya apunta-

¹⁶⁴ Para más información sobre las acciones que se fundamentan en las normas de defensa de la competencia, puede consultarse el trabajo de ARGÜELLO BERMÚDEZ (*ob. cit.*, pp. 195 a 216) que se dedica a este fin. Por otra parte, en un ámbito más general y con respecto a las implicaciones del Derecho de la Competencia con la libertad de empresa y el mercado interior, véase la obra de SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*; Madrid, 1998.

¹⁶⁵ Según PUIG BRUTAU (voz «actos nulos», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, 1962; pp. 330 a 333, en concreto, p. 330): «En sentido general, se habla de nulidad para expresar la sanción civil inherente a todo acto jurídico celebrado sin observar las reglas establecidas por la ley, para asegurar la defensa del interés general, o para la protección de un interés privado». Para BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 323), «el carácter imperativo de las normas reguladoras y sus mandatos prohibitivos van dirigidos a que se logre un mejor orden de convivencia en la conducta de los individuos, para lo cual, se

mos que la afirmación de su carácter imperativo podía suscitar algún problema de fondo: inmediatamente surgía el interrogante de cuál es la sanción prevista por la Ley, o en su defecto, por el Ordenamiento en su conjunto, para el caso de contravención de sus mandatos, cuestión cuyo tratamiento remitíamos a este momento.

Pues bien, en línea de principio, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.3 del CC ¹⁶⁶, los actos contrarios a una norma imperativa (como concluimos es en parte el artículo 17 LOCM) han de sancionarse con la nulidad, aunque tan rotunda afirmación no debe entenderse de un modo absoluto ¹⁶⁷, puesto que tras establecer esta consecuencia, el propio artículo admite una solución distinta cuando la Ley encadena a su contravención sanciones o efectos diferentes de la nulidad ¹⁶⁸. Éste parece ser el caso de la LOCM, que impone una serie de sanciones administrativas a la comisión de ciertas infracciones de sus preceptos (multas pecuniarias y, en algún caso, cierre temporal de la empresa infractora) y que, además, en su artículo 65.2 salva expresamente la validez de los actos y contratos realizados en contra de sí misma al disponer que: «*la imposición de sanciones administrativas en los supuestos recogidos en los apartados f) y g) del apartado 1 del presente artículo no prejuzgará, en modo alguno, la validez de los correspondientes contratos o de las obligaciones, respectivamente, asumidas por las partes*». Es por eso que calificábamos al artículo 17 como una *lex minus quam perfectae*, puesto que su infracción determina la imposición de una pena, sin declarar la nulidad del acto ¹⁶⁹.

arbitran sanciones a los contraventores sin necesidad de que la nulidad sea su consecuencia más inmediata».

¹⁶⁶ El texto del artículo 6.3 CC es el siguiente: «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*».

¹⁶⁷ En coherencia con ello, afirma PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 332) que: «sería falso afirmar que todo lo que no es derecho supletorio (*ius dispositivum*) ha de ser observado bajo sanción de nulidad, pues una cosa es que la infracción de una ley merezca ser sancionada, y otra distinta que la sanción consista en la nulidad radical o absoluta de lo ejecutado».

¹⁶⁸ PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 333), tras señalar que no todos los actos *contra legem* han de sancionarse con la nulidad, distingue entre actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley que tienen sanciones especiales distintas de la nulidad; actos que suponen también incumplimiento de preceptos positivos, contra los cuales la ley reacciona exigiendo el cumplimiento en forma específica; actos que infringen prohibiciones que dan lugar a la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios y actos que suponen infracciones subsanables.

¹⁶⁹ A este tipo de normas aluden DE CASTRO (*ob. cit.*, p. 533), BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 313-314) y DE LOS MOZOS (voz «nulidad de actos jurídicos», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVII; Barcelona, 1982, pp. 611 a 629, en concreto, p. 616), entre otros. Para BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 319), las normas imperativas y prohibitivas tienen la posibilidad «de imponer sanciones que sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma; así ocurre con la mayor parte de las normas de la Administración económica del Estado que regulan ámbitos diversos (tasas y

B) SI SE ABOGA POR LA NULIDAD, ¿QUÉ ES LO QUE DEBE DECLARARSE NULO?

Éste es el primer argumento que se vuelve en contra de la inteligencia de que cualquier acto ejecutado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 17 de la LOCM debe acarrear la nulidad. Pero a él pueden sumarse otros, que se manifiestan en función de lo que se decida sobre una cuestión previa: la de *qué es lo que se debe declarar nulo* en caso de apreciarse la nulidad. Para adoptar una decisión acerca de tal extremo, partiremos de dos hipótesis y, al hilo de su tratamiento, iremos aportando los argumentos decisivos a nuestro juicio para inclinarnos a favor o en contra de la nulidad.

B.1 *Lo nulo es el acuerdo de aplazamiento de pago*

Si entendemos que cuando proveedor y comerciante acuerdan instrumentar sus aplazamientos de pago superiores a sesenta días de forma distinta a la preceptuada por el artículo 17.3 están adoptando un acuerdo nulo, se plantea el siguiente problema: si el total acuerdo es nulo, entonces hay que retrotraerse al momento anterior a la adopción del mismo, ya que lo nulo no produce efectos, y, por tanto, habremos de entender que no hubo acuerdo de aplazamiento de pago¹⁷⁰. De esta conclusión se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas establecidas por el propio artículo 17:

1.º El artículo 17.1 dispone que, en defecto de pacto, se entenderá que el pago deberá realizarse por el comerciante al recibir las mercancías.

2.º Al no haberse hecho así, (puesto que las partes pactaron un aplazamiento que por nulo no puede observarse), se devengarían desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías los intereses moratorios correspondientes a tenor del artículo 17.4, que habría de satisfacer el comerciante.

Como puede verse, las consecuencias negativas de la declaración de nulidad del acuerdo de aplazamiento por haber sido instrumentado en forma distinta a la debida, sólo recaerían sobre el comer-

precios en el mercado interior, viviendas protegidas, control de cambios, etc.) y donde las sanciones van desde la pérdida de algún derecho (como el de nacionalidad) hasta las sanciones pecuniarias».

¹⁷⁰ Para DE LOS MOZOS, voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 619: «no es más que una consecuencia de la propia nulidad, al entenderse que lo nulo no produce efecto alguno, por lo que las cosas deberán volver a su estado originario, como si el negocio tachado de nulidad nunca se hubiera celebrado, teniendo lugar la “repristinación” de las situaciones jurídicas precedentes».

ciente, que es el único obligado a satisfacer intereses al proveedor conforme se ha razonado. La injusticia de este planteamiento, que salta a la vista, se sustenta en mecanismos legales que hacen rechazable la conclusión expuesta:

1.º El principio de la buena fe, consagrado en el artículo 7.1 CC, podría impedir que el proveedor, contraviniendo sus propios actos, reclamara los intereses de demora desde el momento de la entrega de las mercancías, dado que su actitud consintiendo y adoptando un aplazamiento realizado de modo contrario a la ley, generó una confianza en el comerciante que no puede ahora defraudar usando la propia ley como pretexto ¹⁷¹.

2.º Si el proveedor esgrimiera la nulidad del acuerdo de aplazamiento y reclamara y recibiera los intereses de demora correspondientes, se produciría un enriquecimiento injusto por su parte a costa del comerciante, ya que es de suponer que el tiempo transcurrido entre la entrega de las mercancías y el momento de reclamar los intereses haría que éstos fueran exorbitantes.

3.º Para eliminar la posibilidad de que comerciante y proveedor se reclamaran cosas basándose en la nulidad o la ilicitud del acuerdo que mutuamente tomaron, podría esgrimirse el artículo 1306.1.º CC, según el cual «*Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:*

1.º *Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido*» ¹⁷². Del mismo modo, el artículo 53 CCO establece que: «*Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio*».

Por otra parte, no alcanzamos a imaginar la utilidad de una declaración de nulidad del acuerdo de aplazamiento de pago.

¹⁷¹ Según MIQUEL GONZÁLEZ (voz «acto propio», en la obra *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Madrid, 1995, pp. 204 a 207, en concreto, p. 206): «La imposibilidad de venir contra los propios actos puede determinar una paralización del ejercicio del derecho o facultad de que se trate, pero puede significar su pérdida definitiva si ya es imposible ejercitarlo según las exigencias de la buena fe». No obstante, también es cierto que existe la consideración de que la prohibición de ir contra los propios actos sólo opera cuando la conducta cuyo respeto impone la regla versa sobre materia disponible y no atinente a ley imperativa.

¹⁷² DE LOS MOZOS (voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 618, nota 53) señala que «la nulidad que provenga de ilicitud de la causa, la ley priva de acción a las partes en la medida en que fueron partícipes de la ilicitud de la causa o de la inmoralidad, como aplicación de la regla “*in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*”, lo que vienen a desarrollar los artículos 1305 y 1306 CC».

B.2 *Lo nulo es la forma de instrumentar el aplazamiento, adoptada en contra de las exigencias legales*

Si entendemos que lo nulo es la forma distinta a la exigida legalmente en que proveedor y comerciante han acordado instrumentar el aplazamiento de pago, y no ya éste, nos encontraremos con que lo único que sucede [independientemente de la sanción que corresponda a tenor del artículo 65.1.f)] es que ante un aplazamiento de pago superior a sesenta días han de cumplirse una serie de exigencias de documentación que aún no se habrán cubierto. Así, si en lugar de una letra o pagaré cambiarios el comerciante entregó pagarés de empresa, aún estará pendiente el cumplimiento de las exigencias del artículo 17.3. Sin embargo, esta interpretación presenta los siguientes inconvenientes:

1.º Casi con toda seguridad, se habrá sobrepasado el plazo legal de treinta días desde la fecha de entrega de las mercancías para entregar el preceptivo documento cambiario.

2.º Es también posible que se hayan hecho efectivos por parte del proveedor los instrumentos de pago que le proporcionó el comerciante, en cuyo caso, causaría un enriquecimiento injusto para el proveedor el hecho de que se le entregaran nuevos instrumentos de pago de una deuda vencida e incluso pagada.

3.º En contra de una posible reclamación del proveedor en este sentido opera también un argumento que antes expusimos para la declaración de nulidad del total acuerdo de pago: tal conducta iría contra la doctrina de los propios actos¹⁷³.

Nuevamente, no alcanzamos a imaginar, menos aún en esta hipótesis, la utilidad de una declaración de nulidad de la forma de instrumentar el acuerdo de aplazamiento de pago.

Hemos de tener en cuenta, por último, que hasta ahora nuestras hipótesis de trabajo han partido de la base de una demanda de nulidad por alguna de las partes en cuestión, bien por el comerciante o, más probablemente, por el proveedor. Sin embargo, no puede perderse de vista que la acción de nulidad es ejercitable por cualquier persona que tenga un interés en la declaración de nulidad, interés que bien puede ser portado por un empresario competidor, en cuyo caso no serían válidos los argumentos que se basan en la prohibición

¹⁷³ Para MIQUEL GONZÁLEZ (*ob. cit.*, p. 205) «la idea básica de esta doctrina es semejante a la fidelidad a la palabra dada o al *pacta sunt servanda*, concretamente exigir una coherencia a la conducta que despierta expectativas en los demás». Por su parte, DÍEZ PICAZO (*La doctrina de los propios actos*; Barcelona, 1963, p. 124) estima que «la persona queda imposibilitada para contrariar sus actos, no porque haya quedado vinculada por una voluntad negocial declarada a través de ellos, sino porque debe responder de las consecuencias de la confianza suscitada».

de ir contra los propios actos, ni en el artículo 1306.1º¹⁷⁴; aunque no parece muy probable que un tercero ajeno a la relación soporte el coste del proceso, y sí que opte por denunciar la situación ante el órgano administrativo competente con la finalidad de que se incoe el oportuno expediente sancionador.

Por todas estas razones, estimamos que sería improcedente el ejercicio de la acción de nulidad.

2.2 Otras acciones

Fuera de la hipótesis de la nulidad, en el caso de que alguna de las partes de la relación contemplada en el artículo 17 LOCM no se aviniera a cumplir con las exigencias de forma que el mismo impone, la otra parte podría compelerle a *llenar la forma legal exigida*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1279 CC, del siguiente tenor¹⁷⁵:

«Si la ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

Por otra parte, el proveedor puede ejercitar la *acción de cumplimiento* (ex artículo 1101 CC), o bien la *de resolución del contrato* (ex art. 1124 CC), con exigencia en ambos supuestos de indemnización por los daños y perjuicios causados, en el caso de que la opera-

¹⁷⁴ DE LOS MOZOS (voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 618) pone de manifiesto que «esta acción es ejercitable por todos aquellos que tengan interés en que el negocio sea declarado nulo, hayan sido partes o terceros extraños al negocio e incluso aunque hayan sido causantes de la nulidad».

¹⁷⁵ En el mismo sentido se manifiestan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 176) y FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1489). En contra, estima LA CASA (*ob. cit.*, p. 18, nota 54), citando a estos autores, que el fundamento de la acción de cumplimiento que él ve en la compulsión del proveedor al comerciante para que acepte la letra o emita el pagaré está en el artículo 1101 y no en el 1279 CC, «pues este precepto alude a la forma de los contratos y la cuestión debatida viene referida al modo de cumplimiento de una determinada obligación. De ahí que más bien deban ser invocadas, en apoyo de la reclamación del proveedor, las normas generales reguladoras de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones». Respecto a tal planteamiento, deseamos hacer dos observaciones: en primer lugar, el artículo 1279 no sólo contempla exigencias en cuanto a la forma de los contratos, sino a cualquier otra forma especial «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato»; en segundo lugar, las acciones derivadas de los artículos 1279 y 1101 CC no son excluyentes entre sí, incluso pueden ser sucesivas: una vez concurren los requisitos esenciales de validez de la obligación, se pide que se llene la forma legal exigida; más tarde, y ante el incumplimiento en tiempo y forma, se ejercita la acción de cumplimiento. En otro orden de cosas, estimamos que en el caso del artículo 17.3 LOCM las exigencias de entrega de documentación cambiaría para determinados aplazamientos de pago no son de forma *esencial* o *ad solemnitatem*, pero sí de forma «especial», tal como menciona el artículo 1279 CC.

ción no estuviera garantizada mediante aval o seguro de caución de conformidad con el artículo 17.3 LOCM. En este último caso, y si el seguro cubre la totalidad de la obligación, la acción no procede porque el cumplimiento se supe por la aseguradora. Sin embargo, si se produce la quiebra del comerciante y no existe seguro de crédito, habrá que atender a lo dispuesto en los artículos 908 y 909.9.º del CCO, en consideración del *posible derecho de separación* de las mercancías con respecto a la masa de la quiebra que podría en algún caso asistir al proveedor ¹⁷⁶.

Igualmente, para los casos en que se manifiesten vicios ocultos de las mercancías o éstas se hayan entregado de inferior valor al pactado, el comerciante podría ejercitar bien la *acción resolutoria* con la indemnización de daños y gastos realizados, bien la *estimatoria o quanti minoris*, con base en los artículos 1484 y 1486.1º CC y teniendo en cuenta lo dispuesto respecto a los plazos y condiciones de ejercicio de la acción en el artículo 336 CCO.

No parece muy probable que se presenten casos de responsabilidad por evicción, dado el dinamismo de las relaciones mercantiles y el breve espacio de tiempo que permanecen las mercaderías en poder del comerciante. Sin embargo, si se diera el hipotético caso de que el comerciante perdiera las mercancías por efecto de la evicción, podrían también reclamar del proveedor su *responsabilidad por la evicción*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1475 y ss. CC y 345 CCO.

Por último, todas estas acciones se sumarían a las procedentes en el caso de que existieran documentos cambiarios, que darían lugar al

¹⁷⁶ En efecto, el artículo 908 CCO dispone que: «*Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumpliera con las obligaciones anejas a los mismos*». Por su parte, el artículo 909.9.º establece que: «*Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 9.º Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador.*

En los casos de este número y del 8º, los síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamarlos para la masa, pagando su precio al vendedor». Por último, si en lugar de haberse realizado una operación con aplazamiento de pago, se pactó entre comerciante y proveedor el pago al contado, o no hubo pacto expreso de ningún tipo (en cuyo caso entra en juego la norma del artículo 17.1 LOCM), entonces puede ser de aplicación el artículo 909.8.º: «*Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 8.º Los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos*».

ejercicio de las *acciones cambiarias pertinentes*, en función de la casuística que afectara a los títulos.

V. POSIBLES PRÁCTICAS AL BORDE DE LA LEY

1. LA NOVACIÓN

La LOCM, como ya sabemos, establece para los comerciantes la obligación de instrumentar mediante documentos cambiarios las deudas aplazadas a más de sesenta días que contraigan con sus proveedores. Con respecto a éstos, les impone la carga de enviar a los comerciantes la factura correspondiente a la operación en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías. Pues bien, lo que en absoluto hace la Ley es obligar a los proveedores a hacer uso de tales instrumentos de pago. Por tanto, en línea de principio, sería perfectamente posible que, una vez llenada la forma legal para no incurrir en responsabilidades por la omisión, las partes acordaran canjear los documentos cambiarios por pagarés de empresa u otros medios de pago ¹⁷⁷, o bien convenir un pronto pago con descuentos para el comerciante. Esta operación es una novación objetiva de la obligación primitiva, contemplada en el artículo 1203.1.º del CC.

En la misma línea, también es perfectamente posible que se acuerde un aplazamiento de pago por cincuenta y nueve días a partir de la fecha de entrega de las mercancías, con lo que no operaría la obligación de documentación cambiaria. Este plazo podría prorrogarse o alterarse conviniendo nuevos aplazamientos por iguales períodos, otra vez a través de una novación objetiva absolutamente legal.

A este planteamiento podría objetarse que para la novación es necesaria la voluntad de ambas partes y que no es lógico pensar que el proveedor consintiera un pacto de tal naturaleza, teniendo tan a mano y a su favor las garantías legales. Sin embargo, no debemos olvidar la premisa básica de que parte la Ley, que no es otra que la debilidad del proveedor frente al comerciante, a quien se le supone un poder suficiente como para imponer a aquél las condiciones de la transacción. Es por eso que la Ley intenta sustraer de la capacidad negociadora de los proveedores la elección de los medios de pago, porque supone que su voluntad (por diversos factores: situa-

¹⁷⁷ Recordemos que, a nuestro juicio, la inclusión en los documentos cambiarios de la cláusula «no a la orden» es totalmente lícita y posible sin contravenir el mandato legal del artículo 17.3 LOCM.

ción en el mercado, infraestructura, solvencia, etc.) es, al menos, influenciable. Por tanto, si es el comerciante quien decide las condiciones: ¿qué le impide imponer a sus proveedores las condiciones de pago ahora expuestas bajo la consabida «amenaza» de no volver a negociar con ellos?

2. EL CONFIRMING

Se trata de una práctica comercial, atípica aún en nuestro Derecho y relativamente reciente, que guarda semejanzas, como puede apreciarse, con la novación y que puede definirse como un pacto «*mediante el cual un comerciante contrata con una entidad financiera la gestión de sus obligaciones de pago a proveedores, siendo la financiera la que toma contacto con éstos para ofrecerles que elijan entre adelantar el cobro de su deuda, con aplicación de un descuento determinado, o esperar a la fecha de su vencimiento*»¹⁷⁸.

Como puede verse, la entidad de *confirming* ofrece al proveedor una posible novación (objetiva) del acuerdo al que ya había llegado con el comerciante que contrata los servicios de la primera. Ésta puede actuar como un simple mediador en el pago, continuando como deudor, tal como resulta de la relación crediticia original, el comerciante, en cuyo nombre actúa como mandataria o comisionista, o bien puede llegar a asumir la deuda, siendo necesario o deseable en ese caso que goce, al menos, de la misma solvencia que el deudor primitivo para que el proveedor consienta. Esta última posibilidad responde al esquema de la novación subjetiva por sustitución de la persona del deudor¹⁷⁹.

Dado que la Ley no exige que sea el comerciante quien necesariamente emita el documento cambiario, sino que cabe la posibilidad de que simplemente lo acepte, no parece existir inconveniente en que dicho documento pueda ser emitido por la entidad financiera.

¹⁷⁸ Esta definición se ha extraído de la contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB- al Director General de Comercio Interior, don. José Luis Marrero Cabrera, *ob. cit.*, pp. 37 y 38. Tal como se advierte en el propio documento, la interpretación que hace la Dirección General de Comercio Interior acerca del *confirming* y de cómo se consigue su adecuación a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la LOCM, no constituye una interpretación vinculante de la norma, que corresponde en última instancia a los Tribunales de Justicia.

¹⁷⁹ El artículo 1205 CC *in fine* establece en buena lógica la necesidad del consentimiento del acreedor a la sustitución del deudor: «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

Sin embargo, esta práctica que, en principio puede parecer inocua para el proveedor, e incluso beneficiosa para ambas partes por motivos de agilización de los pagos y cobros y disminución de costes administrativos, puede ser vehículo para recortar en alguna medida la libertad de negociación de los títulos que tiene en principio el proveedor, ya que es práctica frecuente que las grandes empresas comerciantes, participadas por entidades financieras, impongan a través del *confirming* la obligación de descontar los títulos en estas entidades y no en otras, ofreciendo a estos efectos unos tipos de descuento superiores a los que el proveedor podría lograr en una entidad libremente elegida por él ¹⁸⁰.

Según la Dirección General de Comercio Interior, la compatibilidad entre el *confirming* y las exigencias del artículo 17.3 LOCM «puede alcanzarse mediante la emisión por parte de la entidad financiera del documento preceptuado por la Ley, para que pueda ser hecho efectivo por el acreedor a su vencimiento; o negociado, cuando así le convenga, con la entidad financiera que libremente elija cada proveedor» ¹⁸¹.

CONCLUSIONES

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista no ha estado exenta de polémica ya desde los primeros pasos de su gestación, y el artículo 17 no se ha visto privado de la influencia de ese estado de cosas.

Sin embargo, nos parece escasamente útil en este momento, con la Ley promulgada y aplicándose en mayor o menor medida, retomar los términos del debate social y económico en torno a ella y, en concreto, en lo que respecta al artículo objeto de nuestra investigación, para extraer de los mismos nuestras conclusiones.

En este trabajo hemos intentado acercarnos al artículo 17 LOCM desde una perspectiva técnico-jurídica. Nuestra intención y aun nuestra capacidad, se ven excedidas por un análisis económico de la norma que no hemos pretendido realizar y cuyo acometimiento dejamos a los expertos en esa materia. En cualquier caso, dicho análisis económico habría resultado de mayor utilidad con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la Ley.

¹⁸⁰ Esta situación es admitida implícitamente por la *DGCI*, que trata de contestar indirectamente de forma negativa a esta práctica en la respuesta a la consulta anteriormente citada, *ob. cit.*, p. 38: «en todos los casos, se deberá tener en cuenta que el *confirming* no puede dar lugar a una limitación de los derechos del acreedor a negociar las condiciones económicas de su gestión de cobro y a contratar con las entidades financieras que desee».

¹⁸¹ *Cfr. DGCI*, «En el caso de práctica del *confirming*...», *cit.*, p. 38.

Por consiguiente, partimos de una realidad básica y escrita: el texto del artículo 17, que nos ha servido de referente constante de las ideas y opiniones vertidas en estas páginas. Hemos pretendido alejarnos lo menos posible de esa literalidad que consideramos límite último de cualquier digresión y origen imprescindible de toda teoría interpretativa.

De nuestra exégesis del precepto, la primera y más importante conclusión que extraemos es la de que se halla, a nuestro juicio, necesitado de modificaciones y de desarrollo reglamentario. Ambas afirmaciones no son contradictorias, sino complementarias. La intención del legislador del artículo 17 (al margen del juicio que se tenga sobre si el planteamiento de proteger a los proveedores y a todos los proveedores respecto del sector de la distribución comercial es o no acertado), es buena, pero la técnica empleada resulta a nuestro modo de ver inadecuada. No hemos de reiterar ahora todos los argumentos que se han ido desbrozando en el curso de la investigación y que en ella se han tratado de aportar con profusión de explicaciones, pero sí queremos resaltar nuestra constante puesta en evidencia de problemas de interpretación que surgen a los ojos del jurista y de los posibles puertos a los que pueden conducir las diversas soluciones interpretativas que se acojan. Una norma que se califica de imperativa no puede dar tanto juego a la diversidad.

Por esa razón principal, a la que viene a sumarse la no menos importante de que los defectos técnicos pueden conducir a una inaplicación y, por tanto, a una inutilidad, de la norma, sostenemos la necesidad de modificación y de desarrollo reglamentario. Si el trámite para proceder a la primera es demasiado lento, la promulgación de reglamentos de desarrollo siempre dentro de los márgenes legales (no estamos propugnando en ningún caso una reglamentación *ultra vires*), puede ser una vía adecuada para aclarar cuestiones escasamente desarrolladas, como la subsanación de inadecuaciones entre los documentos que cita el artículo 17 (albarán, factura y documentos cambiarios), o la discusión sobre la posibilidad o no de que el comerciante no sólo acepte sino emita la letra de cambio.

A cada problema detectado, hemos tratado de aportar una solución imaginativa y adecuada a la letra de la Ley, según nuestro mejor saber y entender, sin perjuicio de que simultáneamente hallamos llamado a las puertas del legislador y del ejecutivo en demanda de respaldo legal o reglamentario a esas u otras posibles soluciones, en definitiva, de atención a los problemas detectados. No sabemos si habremos logrado ese objetivo de aproximación que al principio del trabajo nos proponíamos. Ahora es el turno de los agentes afectados, que refrendarán con el uso o rechazarán con el desuso, los mandatos

contenidos en el artículo, y, ¡como no!, del legislador y del gobernante que habrán de responder a una y otra actitud. A ellos nuestro último llamamiento: Señores:

Legislen modificando y desarrollen la ley a través de reglamentos, por difícil que se presente la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO: «Comentario del artículo 6», en la obra *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1991; pp. 90 y ss.
- ALONSO DÁVILA: «La ley de Comercio. Sus características fundamentales», *LA LEY*, Diario 3978, de 20 de febrero de 1996, pp. 1760 y ss.
- ALONSO SOTO: «La obligación de vender, la regulación de los comerciantes en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en la obra *Ponencias: Jornadas sobre la distribución comercial*, Cáceres, 1997, pp. 35 y ss.
- ARIMANY y MANUBENS: «Comentario de los artículos 16 y 17», en la obra *Ordenación del Comercio Minorista*; coordinada por ARIMANY y MANUBENS, Barcelona, 1996, pp. 149 y ss.
- BONET CORREA: «Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», *ADC*, 1976, pp. 309 y ss.
- CARRASCO PERERA: «Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Juicio crítico de una reforma», en *Distribución y Consumo*, abril/mayo 1996, pp. 40 y ss.
- CEPCO (CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE FABRICANTES DE PRODUCTOS DE CONSTRUCCIÓN):
- Informe: «La industria de la construcción en España», Madrid, septiembre de 1996.
 - Intervención de don Félix Rodríguez Massa, Presidente de CEPCO, en la Audiencia Pública organizada por la Comisión Europea en materia de demora en las transacciones comerciales, Bruselas, 7 de octubre de 1997.
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» en *ADC*, 1982.
- DE LOS MOZOS: Voz «norma jurídica», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 480 y ss.
- DÍAZ MORENO: *Derecho Mercantil*, tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ; Barcelona, 1992.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1992, reimp. 1993.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR:
- *Medios de pago en el comercio minorista*, Colección Estudios, Madrid, 1992.
 - *Cien cuestiones básicas de comercio interior*, Colección Estudios de Comercio Interior, Madrid, 1995.
- EROSKI: *Debate de los plazos de pago. Negociando el precio de venta*. San Sebastián, 1993, documento inédito.
- ESCRIBANO COLLADO: «Comentario del artículo 1», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 37 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *RCDI*, 1996, pp. 1479 y ss.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 217 y ss.
- GONZALO ANGULO: «Régimen de pago a proveedores (art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista)», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 103 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho Mercantil*, tomo II, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992.
- LA CASA GARCÍA: «La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a los proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 78, pp. 1 y ss.
- LEMA DEVESA: *Venta con pérdida y pago a proveedores en la ley de ordenación del comercio minorista*, conferencia pronunciada en el Hotel Eurobuilding de Madrid el 19 de junio de 1996, documento inédito.
- LÓPEZ LÓPEZ: *Derecho Civil. Parte General*, coord. por A. LÓPEZ y V. MONTÉS, Valencia, 1992.
- MARÍN LÓPEZ: «Comentario de los artículos 16 y 17», en la obra *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 321 y ss.
- PALAU RAMÍREZ y ROCA SAGARRA: «Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista» en *RGD*, 1997, pp. 5659 y ss.
- PARRA LUCÁN: *Daños por productos y protección del consumidor*; Barcelona, 1990.
- PORTELLANO DÍEZ: «Comentario a los artículos 16 y 17», en la obra *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, dirigida por PIÑAR MAÑAS y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid, 1996, pp. 151 y ss.
- REBOLLO PUIG: «Comentario de los artículos 63, 64 y 65», en la obra *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ; Madrid, 1997, pp. 905 y ss.
- REGLERO CAMPOS: «Comentario al artículo 6. Naturaleza de las normas» en la obra *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*; Pamplona, 1997, pp. 90 y ss.
- ROLAND BERGER Y PARTNER: *La distribución alimentaria en España y su entorno europeo*, Madrid, 1995.
- ROMÁN GONZÁLEZ, M. V.: «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, pp. 72 y ss.
- «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial» en *ICE*, marzo de 1995, núm. 739, pp. 93 y ss.
- «Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio», en *Distribución y Consumo*, diciembre 1995/enero 1996, pp. 17 y ss.
- «Ley de comercio y plazos de pago: ¿nuevas reglas de juego?», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2488, 1996, pp. 45 y ss.
- SECO CARO: *Derecho Mercantil*, tomo II, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992.
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO: «Poder de mercado y pago a proveedores», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2420, 1994, pp. 1851 y ss.
- SORIANO GARCÍA: *Fabricantes y distribuidores: mitos y realidades sobre los plazos de pago*; Madrid, s. f. Documento inédito.
- *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, 1998.
- VYNER: «Las relaciones fabricante-distribuidor en Gran Bretaña», en la obra *Congreso AECOC'97: El punto de encuentro. Rompiendo paradigmas*, Sevilla, 1997, pp. 265 y ss.

DOCUMENTACIÓN OFICIAL

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES:

- «Tramitación parlamentaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista», en *BOCG*, serie B, núms. 10-1 a 10-19; diversas fechas.
- «Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales», en *BOCG*, 6 de febrero de 1995, serie E, núm. 118.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- *Intrum justitia. European payment habits survey*, Supported by European Commission. april, 1997.
- Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales. Comunicación de la Comisión, Bruselas, 9 de septiembre de 1997, C (97) 2121.

DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR:

- Contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB-: «En el caso de práctica del *confirming*, ¿se debe emitir documento que lleve aparejada acción cambiaria?», en *Latienda-Super*, núm. 31, enero-febrero 1996, pp. 37 y ss.
- Comentario a la comunicación de la Comisión C (97) 2121 relativa al informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales, Madrid, 6 de octubre de 1997.
- Informe sobre las distintas sugerencias en relación a la audiencia pública del día 7 de octubre en Bruselas sobre los aplazamientos de pago, Madrid, 6 de octubre de 1997.
- Retraso en los pagos comerciales: resumen del debate público organizado en Bruselas el 7 de diciembre de 1997 por la Comisión Europea, Madrid, 9 de octubre de 1997.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALONSO PÉREZ, María Teresa: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, 519 pp.

El artículo 1544 CC dispone: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto». Posteriormente titula la sección primera, del capítulo III, del título VI, del libro IV del CC, «Del arrendamiento de obras y servicios», incluyendo en los artículos 1583 a 1587 unas reglas para una suerte particular de servicios, los que denomina «del servicio de criados y trabajadores asalariados», más allá de estos preceptos de escaso contenido y de dudosa vigencia, no existe una regulación completa del contrato de arrendamiento de servicios.

Decimos que se trata de normas de escasa vigencia en la medida en que lo que denomina «servicio de trabajadores asalariados» ha salido del Código civil para formar una disciplina jurídica distinta: el derecho del trabajo, bajo el imperio del Estatuto de los Trabajadores que deroga, como opuesto a sus principios y reglas, lo dispuesto al respecto por el Código civil. Por otra parte la legislación laboral incluye dentro de su disciplina a todos los trabajadores asalariados entre los que se encuentran los «criados».

Pero el contrato de arrendamiento de servicios del Código civil lejos de haber quedado absorbido o englobado por el contrato de trabajo, tiene un ámbito de aplicación de gran interés, se trata principalmente de los servicios prestados por lo que se conoce como servicios profesionales no laborales entre los cuales se encuentran las profesiones liberales: abogados, médicos y arquitectos.

El libro objeto de esta recensión se centra precisamente en el análisis de la naturaleza y régimen jurídico de los servicios profesionales prestados por abogados, médicos y arquitectos. No se puede poner en duda la trascendencia jurídica, económica y social de las relaciones jurídicas que surgen a partir de los servicios prestados por estos profesionales, y, sin embargo, no ha sido una materia a la que nuestra doctrina haya prestado una especial atención. Es por ello que este libro, que en su día constituyó la tesis doctoral de la autora, viene a colmar un vacío importante, solucionando gran parte de los problemas fundamentales suscitados sobre la cuestión.

La obra se inicia con unas notas preliminares que sirven para situar al lector en el contexto del estudio que se va a abordar. Se aclara la caracterización jurídica de los sujetos que prestan los servicios jurídicos, médicos y arquitectónicos, así como la terminología para designar los diferentes tipos contractuales de trabajo o de servicios. Se incluye también una referencia a la normativa aplicable al respecto.

Como no podía ser de otra forma, el cuerpo de la obra arranca con el análisis de la naturaleza de las relaciones jurídicas que se derivan de los servicios prestados por abogados, médicos y arquitectos. Se pone de relieve la inconsistencia de gran parte de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han ofrecido al respecto, y se opta por distinguir la relación contractual que surge en función de su naturaleza laboral, civil, o mercantil.

Una vez que fija la naturaleza jurídica, la autora pasa a desentrañar la estructura de los distintos tipos de contratos que se articulan en nuestro ordenamiento para el desarrollo de estos servicios. La diversidad de construcciones doctrinales y la falta de un criterio sistematizador uniforme ensalzan el mérito

de la autora, que propone de *lege ferenda* una reforma de la escasa y farragosa normativa civil al respecto.

El siguiente objetivo que se propone la autora, y que de hecho consigue, consiste en el análisis de todas y cada una de las teorías que se han propuesto sobre la calificación jurídica de las relaciones contractuales de naturaleza privada que se utilizan para el desarrollo de este tipo de actividades, realizándose un riguroso análisis de los supuestos más frecuentes, esto es, el ejercicio profesional de médicos, arquitectos y abogados. En su opinión, el ejercicio privado de estas actividades puede articularse a través de cualquiera de los tipos contractuales de desenvolvimiento de un trabajo que arbitra el ordenamiento jurídico, a excepción de los de naturaleza mercantil. Así se muestra partidaria que sea el tipo de prestaciones a realizar el que determine la naturaleza del contrato como de servicios (los contratos completos de servicios médicos o jurídicos) o como de obra (dictamen jurídico), si las partes no se pronuncian terminantemente al respecto.

También se presta atención al estudio de las llamadas «relaciones contractuales triangulares de servicios profesionales», en las que la persona que recibe el servicio no contrata con el sujeto que lo presta. Relación contractual que entiende que no se puede calificar como de contrato a favor de tercero, y que considera que se explica jurídicamente en base a la existencia de un fenómeno delegatorio.

La Primera Parte finaliza con lo que a mi entender constituye uno de sus aspectos más originales de la obra: el examen de las relaciones cuasicontractuales y, en particular, de las denominadas por la autora «relaciones necesarias», en las que incardina la actividad de los médicos, abogados y arquitectos en determinados supuestos específicos, citando como ejemplo, entre otros, la prestación de servicios jurídicos a través del turno de oficio.

La Segunda Parte de la obra se centra en el análisis pormenorizado de las características esenciales de esta tipología de contratos, que examina a partir de la normativa específica que rige el ejercicio de las profesiones de médicos, arquitectos y abogados, y fundamentalmente teniendo presente el hecho de que se organicen a través de Colegios profesionales, lo que impide, a juicio de la autora, que estas actividades se desarrollen mediante sociedades.

Se examinan así cuestiones de una indudable transcendencia teórica a la par que práctica, como la capacidad, tanto del prestador del servicio como del prestatario, las medidas de protección del consentimiento contractual, el proceso de formación del acuerdo contractual, o la forma del convenio.

También estudia los requisitos objetivos del contrato, a saber, el trabajo y la contraprestación o precio. En relación con el precio se examinan las limitaciones a la libertad de los sujetos para fijar el precio de los servicios, a partir de las regulaciones particulares existentes, y desde la perspectiva del Derecho de la competencia. La obra se cierra con la revisión de los requisitos causales en estos contratos.

A mi entender estamos ante un completo y meritorio trabajo de investigación, cuya lectura ayuda notablemente a comprender el verdadero alcance que en la actualidad tienen los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos. Nos encontramos ante un estudio global de dichas figuras contractuales, cuya lectura recomiendo no sólo a toda persona que esté interesada en el tema propuesto, sino a todo aquel que muestre inquietudes hacia la problemática actual del Derecho de obligaciones y contratos.

GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, Eduardo: Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad, ed. Comares, Granada, 1997, 303 pp.

En una reciente novela, el abogado Kauffman se va a echar la siesta con el *Régimen Jurídico del Servicio Bancario de Cajas de Seguridad* (Manuel de Lope, *Las perlas peregrinas*, Espasa, 1998, p. 328), pero, sea consciente o no la coincidencia exacta del título, en la realidad este libro no sirve a los propósitos de Morfeo (a decir verdad, tampoco el abogado Kauffman pretende dormir). Por el contrario, nos encontramos ante una monografía que, además de ser la primera que se publica en España sobre el contrato bancario de cajas de seguridad, tema de por sí muy atractivo, resulta amena, sin perder por ello profundidad, y de fácil lectura por la claridad expositiva del autor. Vaya, pues, por delante, en lo que valga proviniendo de un par, el juicio favorable a la obra que nos ocupa. Las críticas, o discrepancias, que a continuación enunciaré sólo pueden referirse a las opiniones vertidas, a nada más.

El contrato por el que una entidad bancaria cede el uso de una caja de seguridad, ubicada en la cámara acorazada de sus instalaciones, no ha despertado en nuestra doctrina el interés, apasionado, que sí ha levantado en otros países de nuestro entorno: caso paradigmático es el de Italia, que, innovadoramente, dedica tres preceptos de su Código civil de 1942 al *servizio bancario delle cassette di sicurezza* (arts. 1839-1841). Allí, las resoluciones judiciales sobre problemas relacionados con este contrato, ya desde antiguo, son abundantes; y quizás resida en este dato, revelador de la conflictividad social, la clave de la distinta atracción que los autores de uno y otro lado del Mediterráneo han sentido por las cajas de seguridad: en España, hasta fechas muy recientes, han sido escasísimos los pronunciamientos judiciales sobre el tema, si bien ahora se observa un mayor movimiento en Juzgados y Audiencias, relacionado sobre todo con el espinoso asunto de la responsabilidad del banco por daños causados a las cajas de seguridad o, mejor dicho, al posible contenido de las cajas de seguridad, que es lo que le interesa al cliente.

Y es que los robos no son infrecuentes: en el último que conocemos, cometido en la noche del sábado 20 de febrero de 1999 al domingo 21 por una banda de butroneros (la fecha festiva y el método del butrón son habituales en este tipo de robos), se desvalijaron setenta y tres cajas de la sucursal del Banco Zaragozano, de la calle Alcalá, 133, de Madrid, calculando los titulares afectados que el botín obtenido, compuesto de dinero y joyas, podría superar los setecientos millones de pesetas (*vid. El País*, martes 23 de febrero de 1999, Madrid, p. 6, que califica el golpe de maestro). La noticia resalta las quinientas mil pesetas de indemnización que, según establece el contrato, recibirán los clientes que han sido víctimas del butrón, y las quejas de éstos por lo insuficiente que resulta para reparar el efectivo daño causado (se habla de joyas familiares que se remontan a tres generaciones, de monedas heredadas); se pone así, probablemente sin pretenderlo, el dedo en la llaga de la validez, y límites, de estas omnipresentes cláusulas que insertan los bancos en sus contratos de cajas de seguridad, unas veces limitando directamente su responsabilidad (esto es, fijando una cantidad máxima indemnizatoria) y otras, indirectamente (estableciendo el valor máximo de los objetos que pueden introducirse en la caja, único valor del que se responde).

También nos sirve esta información periodística para ilustrar una idea que yo he tenido muy presente a la hora de indagar la discutidísima naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad y que, sin embargo, no ha llevado a sus últimas y, en mi opinión, necesarias consecuencias el profesor Gálvez (que considera el contrato un arrendamiento de cosa segura). Una anciana, cuando lle-

gó a la sucursal bancaria, exclamó: «Esto es imposible. Hace tres años, me robaron en la casa y ahora me quitan lo que yo creía que estaba seguro». Y es que lo que el cliente busca, y lo que el banco ofrece, es seguridad, por lo que ha de dársele a este elemento la relevancia, causal, que merece.

Arrastrada por la narración de esta reciente noticia he adelantado la posición del profesor Gálvez en relación a la naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad, dilema que no aborda en profundidad hasta el capítulo segundo de su monografía. Hago, por ello, un breve inciso para mencionar que el capítulo primero, único dedicado al «servicio de cajas de seguridad» (pues los cinco restantes los emplea en el tratamiento de distintos aspectos del que ya llama «contrato bancario de cajas de seguridad»), le sirve al autor, por la amplitud de su título, para traer a colación servicios semejantes o parecidos que no prestan los bancos (así, los proporcionados por sociedades constituidas *ad hoc* —modalidad propia de los países anglosajones—, por empresarios hoteleros o por empresas de seguridad). Pero la mayor parte del contenido de este primer capítulo se refiere, a pesar de la generalidad del título asignado, al concreto servicio que es objeto del contrato bancario de cajas de seguridad: antecedentes, significación actual, descripción y funcionamiento, y distinción de figuras afines (tales como el depósito bancario cerrado o las cajas nocturnas).

Volviendo al tema de la naturaleza jurídica del contrato, el autor ordena las variadísimas teorías vertidas al efecto en tres grandes bloques: las que destacan la custodia (teoría del depósito y otras), la que destaca la cesión del uso de la caja (teoría del arrendamiento) y las llamadas por él igualitarias (denominadas así porque colocan en pie de igualdad las dos prestaciones a realizar por el banco: cesión del uso y custodia); para acabar exponiendo su opinión. Para apuntalar su anunciada defensa de la naturaleza arrendaticia del contrato bancario de cajas de seguridad, el profesor Gálvez, que no reniega de la prestación de custodia a cargo del banco, tiene que hacer encajar ésta en el tipo del arrendamiento. Para ello no acude, como otros, al artículo 1554.3.º CC, pues el artículo 1560 CC desbarata el intento, sino al artículo 1554.2.º CC, convencido de que «la custodia o vigilancia, entendida como control del correcto funcionamiento de los medios materiales y electrónicos que tienden a garantizar la seguridad de la caja, es un elemento consustancial al objeto del contrato, pues es indispensable para hacerlo apto para el uso al que se destina y que, por lo tanto, debe mantenerse durante todo el tiempo del mismo» (pp. 76-77).

El autor participa, así, de la ciertamente atractiva teoría del arrendamiento de cosa segura, con valedores en Italia, que explicada muy sintéticamente viene a sustituir el *praestare custodiam* por un *praestare rem custodiam aptam*. Al extraer la seguridad de la causa del contrato de cajas de seguridad (perdón por la redundancia), y transferirla al objeto arrendado, se consigue adaptar dicha causa a la del arrendamiento de cosa, pero es precisamente un reparo causal, que desarrollo más extensamente en otro lugar, el que me obliga a criticar esta tesis. Puede compartirse que la seguridad forme parte del objeto cuyo uso se cede, pero lo que no convence (por lo menos a mí) es que por este motivo se prescindiera de la relevancia causal de la custodia, minando la importancia esencial de la causa del contrato como identificadora del mismo y diferenciadora de cualquier otro. En mi opinión, falta un eslabón en la cadena del razonamiento del profesor Gálvez: partiendo de que la actividad de custodia integra *también* y fundamentalmente el objeto del contrato (p. 71) —ese *también* indica que la custodia no deja de formar parte de su contenido—, llega a la conclusión de que estamos ante un arrendamiento cualificado por su objeto cuya causa es «la obtención de la cesión temporal del uso de una cosa —especialmente segura y discreta para guardar objetos de valor—, a cambio de una remuneración» (p. 72),

haciendo desaparecer en el camino, por arte de birlibirloque, esa custodia-contenido del contrato que deriva de su causa (custodia que no está en la causa del arrendamiento). Considera quien concibe la causa del contrato de cajas de seguridad como ha quedado transcrito que dicha causa «no olvida ni la finalidad económica última del contrato de servir de medio para la defensa o protección del patrimonio del cliente (finalidad de custodia o de seguridad), ni la de apartarlo de la curiosidad ajena» (p. 72), pero yo no alcanzo a ver cómo puede excluirse esa finalidad económica última de la causa del contrato.

Después de luchar denodadamente por amoldar el contrato de cajas de seguridad al contrato, típico, de arrendamiento de cosas, sorprendentemente el capítulo tercero (regulación, caracteres y constitución del contrato) lo inicia el autor con la declaración de que éste carece de regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, y como primer carácter le asigna el de atípico. Es cierto que no tiene una regulación específica, pero tampoco la tiene el arrendamiento de un automóvil o el de una hamaca en la playa y no por ello se consideran atípicos (el objeto arrendado no convierte en atípico el arrendamiento). Por ello creo que la claudicación ante la atipicidad del contrato de cajas de seguridad es un indicio más de que no estamos ante un mero arrendamiento, con la causa propia de todo arrendamiento. E igualmente es llamativo que a pesar de ser el arrendamiento de cosas un contrato exclusivamente civil, el profesor Gálvez, como mercantilista ortodoxo, no discuta la naturaleza mercantil del contrato de cajas de seguridad (así considerado por pertenecer a la explotación de la empresa bancaria). En este punto también discrepo del autor, de ahí que mi exposición (en otra monografía al efecto) de la normativa aplicable diverja bastante de la desarrollada por aquél. Más descriptivo, y por ello menos susceptible de controversia, es el epígrafe que cierra este capítulo, dedicado a la constitución del contrato de cajas de seguridad, en el que se analizan sus elementos personales (banco y cliente), reales (caja de seguridad y precio) y formales.

El contenido del contrato bancario de cajas de seguridad da nombre al capítulo cuarto, en el que con buena sistemática se distinguen las obligaciones del banco de las obligaciones del usuario. Las primeras, de acuerdo con la naturaleza arrendaticia predicada del contrato, son una adaptación de las del arrendador a las peculiares características del servicio bancario de cajas de seguridad (no hay que olvidar el componente de seguridad admitido y el hecho de que la cosa arrendada permanece en las instalaciones del arrendador): proporcionar al cliente la posesión de la caja mediante la entrega de su llave; configurar el servicio de manera idónea y mantener la efectividad de los mecanismos y sistemas de seguridad que lo caracterizan, y que tienden a tutelar su integridad; controlar el acceso a la caja y permitir y facilitar al cliente y a las personas autorizadas, y sólo a ellos, el uso de la caja en las condiciones pactadas, y mantener al cliente en el goce pacífico de la caja por todo el tiempo del contrato. Evidentemente, abogando por una distinta naturaleza jurídica las obligaciones del banco serían distintas, fundamentalmente por lo que se refiere a la existencia de una obligación de custodia que no se quiere reconocer en este libro, apareciendo en cierto modo enmascarada bajo el nombre de otras que se dicen arrendaticias.

También las obligaciones del usuario recogidas tienen sabor de arrendamiento, pero aquí la siempre deseable discusión doctrinal no está abonada por la incidencia de un *facere* como es la custodia. El ánimo que anima toda buena tesis doctoral, de abarcar el entero tema acotado (aunque, afortunadamente para los que escriben después, siempre pueden quedar resquicios), preside este apartado en el que se analizan las siguientes obligaciones: pagar el precio del contrato en los términos convenidos; utilizar la caja destinándola al uso pactado y con la diligencia de un buen padre de familia o de un ordenado comerciante;

tolerar la obra que se precise para una reparación urgente en la caja o en los locales donde se encuentra y, en ocasiones, el traslado de aquélla (por obras o en caso de emergencia), y restituir, al término del contrato, la llave o llaves que se le entregaron y dejar la caja en el mismo estado en que la recibió.

De particular interés me parece el capítulo quinto, en el que se han agrupado y sistematizado, de forma novedosa, los distintos supuestos en que se puede proceder a la apertura de la caja, algunos poco o nada tratados o ciertamente complejos en cuyo estudio se ha entrado por primera vez en la doctrina patria o, por lo menos, profundizado. Además de referir el supuesto típico y usual de apertura por voluntad del cliente, se han distribuido en el epígrafe contrario (sin voluntad del cliente, es decir, apertura forzosa) las tres hipótesis siguientes: por iniciativa del banco, en diversas circunstancias que pueden darse a lo largo del contrato (por ejemplo, falta de restitución de las llaves de la caja por el cliente); por mandato judicial, distinguiendo aquí el orden jurisdiccional penal del civil, en el que a su vez se abordan la ejecución de sentencias, el embargo (problema clásico) y los inventarios judiciales; y, por último, por mandato de la autoridad administrativa, negando el autor la posibilidad de que la Administración Tributaria pueda por sí sola, en el ejercicio de sus facultades de inspección, ordenar la apertura de una caja de seguridad, e incluyendo el tratamiento del embargo administrativo. La apertura de la caja tras el fallecimiento del titular, con el análisis previo de la sucesión o no de sus causahabientes en el contrato, pone el broche final a este capítulo.

Y llegamos así al último capítulo de la obra, en el que no podía dejar de tratarse, junto a las menos interesantes responsabilidad del cliente y extinción del contrato, el tema que, a efectos prácticos, más preocupa en la actualidad: la responsabilidad del banco en caso de incumplimiento de sus obligaciones, que se complementa con el del seguro de cajas de seguridad. Si ya de por sí enfrentar la materia de la responsabilidad, contractual o extracontractual, nos induce a persignarnos, cuando esta responsabilidad se deriva del incumplimiento de un contrato tan peculiar como el de cajas de seguridad el temor se convierte en desazón por la imposibilidad de ofrecer soluciones satisfactorias a algunas de las cuestiones planteadas. Discretamente, el profesor Gálvez, amparándose en su concepción del contrato como arrendamiento, se ha centrado en el bien llamado «muy escabroso problema de la prueba» y en las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad. Respecto del mencionado problema, no sólo se refiere en el epígrafe que le dedica a la prueba del daño, que por el secreto que envuelve el contenido de las cajas de seguridad puede convertirse en una auténtica *probatio diabolica* si no se aceptan las presunciones (cuya imprescindible operatividad en este caso defiende el autor), sino que también alude a la prueba del incumplimiento y de la imposibilidad liberatoria, respondiendo a la pregunta de cuándo existe incumplimiento y a quién corresponde probar dicho incumplimiento o, por contra, la falta de él. A resaltar que aunque nuestro colega no comparte la existencia de una obligación de custodia, su intención no parece ser la de liberar de responsabilidades a los bancos, y con los resultados a los que llega (similares a los de otros autores que parten de distinta naturaleza jurídica) los bancos tendrían complicado salir bien parados de situaciones dañosas para los titulares de cajas de seguridad.

El tratamiento de las cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad es conciso pero serio, como todo el trabajo; yo destacaría, por la polémica abierta sobre este tipo de cláusulas en general, la opinión (que no comparto, o no enteramente) del autor en relación a las que limitan el contenido de la caja de seguridad: mantiene que no estamos, en ningún caso, ante una limitación del objeto del contrato sino ante auténticas cláusulas de limitación de responsabilidad.

En fin, como apéndice documental de la obra se recopilan clausulados contractuales de diversas entidades bancarias españolas, en los que se ha ido apoyando Eduardo Gálvez para exponer la práctica del contrato y, con conocimiento de causa, pasar de ahí a la abstracción expositiva.

María Susana QUICIOS MOLINA
Profesora Ayudante de Derecho Civil UAM

JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, ed. Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, 432 pp.

Realmente puede afirmarse que Carmen Jerez ha culminado con éxito el trabajo que, tal y como ella expresa en las páginas iniciales, tenía encomendado en un principio: por un lado, la verificación de que es posible manejar en nuestro ordenamiento un concepto objetivo de fraude; por otro, la selección de los criterios precisos para construir una tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. A la consecución del primer objetivo está dirigida la primera parte del libro (pp. 45-175). Tanto el análisis riguroso del tratamiento del fraude en varios de los sistemas europeos (italiano, francés, alemán, suizo, inglés y holandés) (capítulo I) como el estudio relativo a la formación y consolidación de nuestro régimen vigente de la acción pauliana (capítulo II) no tiene otro sentido que comprobar si la idea de la objetivación del fraude resulta ajena a nuestro entorno jurídico. Incluso en las últimas opiniones doctrinales y jurisprudenciales españolas (capítulo III) se aprecia una clara tendencia a la objetivación de los remedios contra el fraude. Pero la autora va más allá: no sólo hay un cambio de orientación apreciable en la doctrina y en el Tribunal Supremo sino que nuestro propio Código civil admite, junto a un concepto subjetivo de fraude, una noción objetiva del mismo.

Es evidente que nuestro legislador opera en principio con un concepto subjetivo de fraude, de manera que el acreedor que ejercita la acción de rescisión por fraude debe probar en la actualidad, junto al daño o imposibilidad de cobro, la mala fe del deudor y del tercero (mala fe que consiste en el ánimo de defraudar o, al menos, en el conocimiento del fraude en ambos contratantes). La normativa del Código civil, al utilizar tal noción subjetiva de fraude, persigue la tutela de los terceros de buena fe que contratan con el deudor. Pero con el ánimo de proteger también al acreedor prevé algunas presunciones de fraude con carácter general en su artículo 1297, movido sin duda por el hecho de que la prueba de intenciones por parte del acreedor es extremadamente difícil. Carmen Jerez se da cuenta, sin embargo, de que estas presunciones no facilitan en la práctica el ejercicio de la acción pauliana. Por ello a su juicio el remedio para que la tutela del derecho de crédito sea eficaz ante la insolvencia del deudor no se encuentra tanto en las presunciones de fraude cuanto en otra vía distinta: en la objetivación del fraude. Pero, claro, el problema consiste en saber cuándo estamos ante un acto objetivamente fraudulento. La autora (y éste es otro de sus méritos), para abordar tal dificultad, estima imprescindible partir de los preceptos del Código civil. Sólo así la conclusión a la que llegue tendrá alguna operatividad en nuestro sistema. Suscribo, por tanto, las palabras del profesor Antonio Manuel Morales cuando, en el prólogo del libro, considera que este trabajo es renovador en cuanto aporta nuevas soluciones a los problemas, pero a la vez es respetuoso ante todo con el ordenamiento jurídico.

Son tres fundamentalmente los preceptos en los que está latente la noción objetiva de fraude y los que a su vez aportan los criterios para determinar cuándo un acto jurídico del deudor insolvente es en sí mismo fraudulento (arts. 643, 1292 y 6.2 CC). Pero junto a éstos existen otras normas que contribuyen también a la objetivación del fraude en casos singulares (arts. 1001, 1937, 403, 1083 y 1317 CC). Del artículo 643 CC se extrae la regla para resolver el conflicto de intereses entre el acreedor y un tercero que contrata con el deudor insolvente, de manera que son revocables las adquisiciones de bienes cuya causa sea más débil que la del título en virtud del cual reclama el acreedor. Del artículo 1292 CC se deduce el criterio que permite dar solución al conflicto de intereses que surge entre los propios acreedores del deudor. Así, se puede revocar el acto jurídico llevado a cabo por el deudor cuando resulta favorecido un acreedor que sin embargo no podía compeler al deudor a realizarlo. Por último, el artículo 6.2 CC aclara el conflicto de intereses existente entre el acreedor y un tercero que no participa de forma directa en el acto jurídico pero que obtiene algún beneficio de él. Son, por tanto, revocables aquellos actos por los que el deudor renuncia a algunos de sus bienes o derechos con perjuicio para sus acreedores. Acaba la primera parte del libro haciendo una alusión breve a las consecuencias que lleva consigo la adopción de una noción objetiva de fraude respecto a los efectos de la acción pauliana: mientras que el concepto subjetivo de fraude se corresponde con la regla de la indemnización cuando no es posible la restitución de la cosa, en la noción objetiva de fraude el efecto del ejercicio de la acción es el de la restitución de los enriquecimientos cuando la revocación por fraude de acreedores tiene como legitimado pasivamente a un tercero de buena fe. Un análisis tan somero pero provocador de los efectos de la acción pauliana desde un concepto objetivo de fraude se debe, sin duda, a que el objeto del trabajo queda reducido a los supuestos de actos en sí mismo lesivos del derecho del acreedor.

La segunda parte del libro (pp. 179-410) aborda ya la otra tarea encomendada a la autora al inicio: la tipificación de los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. A lo largo de once capítulos Carmen Jerez discute si determinados actos jurídicos realizados por el deudor insolvente son revocables con independencia de cuál sea la intención o ánimo que movió a actuar al deudor y al tercero. En el capítulo I (pp. 179-191) la autora formula el artículo 643 CC, dedicado a las donaciones realizadas por el deudor insolvente, como una concreción de la acción pauliana y se plantea qué aporta en concreto este precepto al régimen general de la acción revocatoria, en la medida en que el legislador ya ha previsto dentro de él la presunción de fraude de los actos gratuitos (art. 1297. I CC). Para ella el artículo 643 es un precepto clave para la objetivación del fraude, ya que la revocación de la donación se dará en todo caso si el donante es insolvente porque el donatario responde siempre de las deudas del donante cuando la donación es lesiva del derecho de crédito. Ahora bien, el donatario puede ser de buena o mala fe y la mala fe del adquirente a título gratuito se presume *iuris tantum* (art. 1297. I CC). La diferencia entre el donatario de buena y de mala fe es que el primero sólo responde de las deudas del donante en la medida del enriquecimiento.

En los capítulos II (pp. 193-206) y III (pp. 207-220) se pregunta si a la donación modal y a la donación remuneratoria llevadas a cabo por el insolvente se les aplica el régimen de la donación pura. En primer lugar, de acuerdo con la interpretación mayoritaria del artículo 622 CC, la autora concluye que en materia de impugnación por fraude de acreedores no puede aplicarse de forma indiscriminada el artículo 643 CC a la totalidad de la donación modal, sino solamente a la parte de liberalidad que exceda del valor del gravamen impuesto. Para determinar el régimen jurídico para cada caso concreto estudia la distinta causa de las atribuciones patrimoniales y la variedad de sujetos que pueden quedar

afectados por el cumplimiento del modo. Hay un primer grupo de casos (donación modal en que la carga revierte en el propio donatario, donación modal con estipulación a favor del tercero *donandi causa* y donación con modo *solvendi causa*) en que es posible la plena revocación del contrato por ser objetivamente fraudulento. En otro grupo de casos (donaciones en que se estipula el modo en interés del donante y donaciones en que el modo es en interés de un tercero *credendi causa*) el acto sólo puede ser considerado en sí mismo fraudulento de una forma parcial. En segundo lugar, Carmen Jerez encuentra en el artículo 1292 CC la solución más adecuada al conflicto de intereses que surge entre el donatario a título remuneratorio y los acreedores del donante, de manera que por esta vía es posible en este supuesto la objetivación del fraude. La principal razón para ello es que si son objetivamente fraudulentos y rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones aún no vencidas y exigibles, tanto más rescindibles lo serán las enajenaciones hechas con intención de retribuir servicios que ni eran exigibles ni llevaban consigo una deuda para quien se benefició por ellos. A esta razón esencial añade algunas otras, como la debilidad del título remuneratorio frente al título oneroso de los acreedores o la no conveniencia de tutelar el deseo caprichoso del deudor de elegir con quién tiene un compromiso mayor de pago.

En el capítulo IV (pp. 221-272) trata dos cuestiones relacionadas con los actos particionales fraudulentos. A la primera dedica un estudio menos extenso y, en concreto, analiza los conflictos que pueden surgir entre acreedores por razón de deudas del conjunto de bienes unidos bajo un régimen de cotitularidad o que forman parte de un patrimonio y los acreedores particulares de cada uno de los cotitulares, una vez que se divide y reparte el conjunto de bienes. La segunda cuestión, mucho más importante, aborda los conflictos relativos al interés legítimo del acreedor particular de uno de los partícipes en el acto de división en que se adjudica a éste un lote por el valor correspondiente a su participación o cuota en la situación de división (matizo que cuando la autora se refiere en este capítulo a actos particionales agrupa un conjunto de supuestos: división de la cosa común, partición de herencia, disolución de la sociedad civil y disolución de la sociedad de gananciales). Distingue dos supuestos de lesión del derecho del acreedor particular de uno de los comuneros, socios, cónyuges o herederos. El primer supuesto es aquel en que en el acto particional se adjudican al deudor bienes de difícil embargo pero en una medida proporcional a lo que le correspondía según su cuota o derecho. Como la partición es equilibrada, el acreedor, si quiere impugnar el acto, debe probar que existió ánimo fraudulento en todos los participantes en el reparto. Fraude, por consiguiente, en sentido subjetivo. El segundo supuesto es aquel en que al deudor se le adjudican bienes cuyo valor es inferior al que le corresponde conforme a su cuota o derecho. La autora considera este último acto como objetivamente fraudulento, de manera que el acreedor particular sólo ha de probar que la división es desproporcionada y que la falta de equilibrio entre el valor de los bienes adjudicados y el que le correspondía le ha causado un perjuicio al disminuir el patrimonio de su deudor. La razón de que tal acto sea en sí mismo lesivo radica en que el consentimiento del deudor al acto particional lleva implícita una renuncia a exigir su parte correspondiente, renuncia que no cabe admitir si perjudica a terceros (art. 6.2 CC). El ordenamiento facilita a los acreedores la prueba de la desproporción de la partición ya que mediante el ejercicio, o bien de la facultad de oponerse a que la partición se realice sin su intervención (art. 1083 CC) o bien de la facultad de oponerse a que la división se haga sin su concurso (art. 403 CC), se les permite el acceso a la información necesaria para evitar el fraude. Por último, Carmen Jerez se plantea si puede tutelarse por medio del artículo 1317 CC al acreedor particular de uno de los cónyuges cuando se disuelve la

sociedad de gananciales a través de capitulaciones matrimoniales en las que se acuerda adoptar un régimen económico distinto, con la atribución al cónyuge deudor de bienes de fácil evasión. Si se aplica tal precepto se cierra la puerta a la acción pauliana, dado el carácter subsidiario de esta última. Sin embargo la autora concluye en sentido negativo, ya que en su opinión el artículo 1317 está pensando en los acreedores consorciales y no en los acreedores particulares de cada uno de los socios.

El caso más polémico de objetivación del fraude, esto es, los contratos onerosos en que existe una manifiesta falta de equivalencia de las prestaciones, se aborda en el capítulo V (pp. 273-296). Aunque admite en todo momento que el estado actual de nuestro ordenamiento no permite llegar a tal conclusión, la autora es firme partidaria de objetivar el fraude en este supuesto, ya que entre proteger un lucro y evitar el daño de los acreedores conviene optar por lo último. Sólo se podría revocar el negocio por el acreedor en la medida del enriquecimiento patrimonial del comprador, de modo que al ser de buena fe únicamente debe restituir aquello en que se ha enriquecido. En cualquier caso cabe que el tercero de buena fe opte o por el pago del crédito o por la restitución de las prestaciones al estado inicial. En el capítulo VI (pp. 297-320) Carmen Jerez estudia con detenimiento la pluralidad de supuestos de fraude realizado a través de actos abdicativos. En función de la aplicación directa o indirecta del artículo 6.2 CC distingue dos grandes hipótesis de renuncia. Así el artículo 6.2 sólo tiene aplicación directa a aquellos casos en que del acto de renuncia no resulta un tercero beneficiado (abandono de cosa mueble que deviene *res nullius*, cuando no ha sido ocupada). Por el contrario, el artículo 6.2 no se aplica de manera directa cuando hay un tercero beneficiado con el acto de renuncia: primero, la repudiación de herencia y la renuncia a la prescripción ganada se resuelven por remedios especiales (arts. 1001 y 1937 CC, respectivamente; si bien ambas medidas concretan el principio que prohíbe la renuncia lesiva para terceros). Segundo, para la remisión de deuda, la renuncia a derechos reales y la renuncia al legado basta impugnar el acto abdicativo por medio de la acción pauliana (art. 1111 CC), sin que requieran probar la intención de defraudar en virtud del principio recogido en el artículo 6.2.

La doctrina española está de acuerdo en afirmar que con carácter general son revocables algunos pagos hechos en estado de insolvencia. Las discrepancias comienzan, sin embargo, a la hora de señalar qué pagos en concreto son susceptibles de impugnarse. A detallar estos pagos dedica la autora el capítulo VII (pp. 321-353). Distingue, por una parte, el pago de obligaciones a cuyo cumplimiento no puede ser compelido el deudor (pagos anticipados, pago de una obligación sometida a condición, pago de una obligación natural, pago de una obligación prescrita y pago de deudas de juego inexigibles). Estos pagos se regulan en el artículo 1292 CC y a su juicio tal precepto recoge un supuesto de pago objetivamente fraudulento, ya que de él se extrae la regla de la preferencia –fuera del concurso– del interés de los acreedores que lo son por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles sobre el interés del resto de acreedores. Por otra parte distingue los pagos realizados en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles. En opinión de la autora tal pago escapa de la acción pauliana, porque el acreedor que cobra está protegido por su derecho. Ahora bien, no se trata de un problema ajeno al ordenamiento, de manera que la retroacción de la quiebra o del concurso parece ser la vía adecuada para garantizar la *par condicio creditorum*. En el capítulo VIII (pp. 355-361) Carmen Jerez se pregunta, ante la ausencia de una norma reguladora de la cuestión, si los acreedores deben soportar en todo caso la compensación de deudas de su deudor insolvente con otros acreedores. Sólo plantea cierta dificultad la compensación voluntaria y la judicial, ya que cuando la compensación es legal no hay un acto de administra-

ción ni de disposición del deudor que pueda impugnarse (la compensación funciona de forma automática). La autora, siguiendo a la doctrina y jurisprudencia españolas que configuran la compensación como pago (al igual que el modelo francés), traslada a la compensación las reglas del tratamiento de los pagos hechos en estado de insolvencia. De manera que es impugnable la compensación que se consintió por el deudor insolvente cuando no pudo haber sido obligado a ello por la otra parte (art. 1292 CC, pues, por analogía).

La constitución de garantías otorgadas en estado de insolvencia se aborda en el capítulo IX (pp. 363-381), ante la posición vacilante de la doctrina y el Tribunal Supremo y la ausencia de normativa directamente aplicable. La autora analiza las soluciones que hasta el momento se han propuesto por la doctrina: posible aplicación del artículo 1297.I CC, posible burla del principio *par condicio creditorum* y privilegio otorgado con el fin de disminuir la garantía patrimonial de los restantes acreedores. Sin embargo, a su juicio, el tratamiento del fraude bien puede ser otro. En este caso compara la hipoteca constituida en tales condiciones con el pago en fraude de acreedores, de manera que son revocables las hipotecas constituidas en estado de insolvencia en garantía del cumplimiento de una obligación nacida con anterioridad y no vencida o no exigible (por tanto, art. 1292 CC). El capítulo X (pp. 383-389) se dedica al tratamiento del fraude en el negocio fiduciario. En el caso de *fiducia cum creditore* el negocio de fiducia origina una titularidad fiduciaria oponible *erga omnes* que impide a los acreedores del fiduciante acceder al bien, de manera que para la autora este negocio es revocable cuando al tiempo de hacerlo y en las condiciones y circunstancias en que se hace ni pudo haber sido compelido el deudor a realizar el pago ni a otorgar la garantía fiduciaria (art. 1292 CC por analogía). En la *fiducia cum amico* como regla general es suficiente que los acreedores ejerciten la acción de simulación, o bien, si se les opone el mandato, la acción subrogatoria para solventar el crédito.

Por último, la alteración de las obligaciones puede llevar consigo un peligro para los créditos de terceros ajenos a la relación pero que sean acreedores de uno de los sujetos de la misma o de un tercero que participa sobrevenida en ella. A esta cuestión se dedica el capítulo XI (pp. 391-410). En primer lugar, los supuestos que implican un cambio del objeto de la obligación, en concreto la autora estudia la dación en pago, constituyen casos de clara objetivación del fraude. Cuando en estado de insolvencia se acuerde la extinción de la obligación por la entrega de otro objeto cabe distinguir dos casos: si se recibe un objeto de menor valor, de manera que resulta perjudicado el acreedor de aquella de las partes que resulta desmejorada por la alteración, estamos ante un acto fraudulento en sí mismo en virtud del artículo 6.2 CC, porque se renuncia al valor total de la prestación inicial. Si se entrega, por el contrario, un objeto de mayor valor, la aceptación de las nuevas condiciones lleva implícita una cierta liberalidad (1297.I CC) y el acreedor de la parte desmejorada por la alteración puede impugnar el acto objetivamente fraudulento. En segundo lugar, en la cesión de créditos es preciso distinguir la causa de la cesión, esto es, si es onerosa o gratuita, ya que tiene el mismo tratamiento descrito para los contratos onerosos o para los gratuitos. En tercer lugar, respecto a los supuestos de alteración de la obligación por cambio del sujeto pasivo de la misma (expromisión, asunción de deuda, *delegatio solvendi causa* y pago de deuda ajena sin subrogación), la autora observa que la lesión del crédito sólo tiene lugar cuando el deudor inicial es insolvente, porque en otro caso cumplen su función los mecanismos de reintegración previstos en el Código civil. La protección que merece el acreedor pagado dificulta la objetivación del fraude, pero siempre resta impugnar el negocio probando que quien efectuó el pago y el acreedor conocían la lesión que se causaba al interés del que impugna. De forma particular, en los casos de asunción

de deuda surge otro conflicto por la lesión de los acreedores del acreedor que consiente en la liberación del deudor inicial por la obligación del tercero (nuevo deudor), cuando el nuevo deudor es insolvente. La causa de la lesión no es el negocio en sí, sino la insolvencia del nuevo deudor. Se refuerzan las posibilidades de impugnación por fraude si el acreedor conocía de la insolvencia en el momento de negociar.

Se trata, pues, de una obra sumamente rigurosa, cuya lectura no puede dejar de recomendarse.

Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN

QUICIOS MOLINA, María Susana: *El contrato bancario de cajas de seguridad*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, 210 pp.

En los últimos tiempos han alcanzado una importante relevancia práctica unos contratos de guarda peculiares, distintos al depósito tradicional, caracterizados por la común finalidad última de custodia, a la que se añade la cesión del uso de un espacio. Uno de ellos es el contrato de garaje o aparcamiento de vehículos. Otro es el contrato de cajas de seguridad. Ambos comparten, en la práctica, tanto la natural tendencia del empresario que los ofrece a la limitación de su responsabilidad por los daños o sustracciones que puedan sufrir los bienes que en ese espacio cuyo uso se cede se hallaren, como las no menos naturales protestas de los usuarios cuando, quebrada la seguridad que pretendían, se topan con el obstáculo que aquélla supone en el momento de instar su reclamación. Al segundo de estos contratos dedica la profesora María Susana Quicios Molina la monografía, de indudable interés, objeto de esta recensión.

El contrato de cajas de seguridad es un contrato bancario en sentido subjetivo, pues en la actualidad sólo los bancos ofrecen este servicio, si bien no se incardina entre las operaciones de intermediación en el crédito propias de su actividad. Puede ser definido como «aquel por el que una entidad bancaria, a cambio del pago de una retribución, pone a disposición del cliente, durante un determinado período de tiempo, una caja de seguridad ubicada dentro de sus instalaciones, normalmente empotrada en una cámara acorazada, a la que sólo tiene acceso el cliente titular de la misma y en la que puede introducir los objetos (muebles) que desee» –pp. 20 y 21–. Se perfecciona con el mero consentimiento, que se presta por escrito, con las garantías que requieren los contratos de adhesión.

Tras enunciar la descriptiva, tal y como puede apreciarse, definición citada del contrato objeto de análisis y detenerse brevemente en sus antecedentes históricos, se centra la autora, continuando con la *Introducción al contrato* que abre la obra, en su desarrollo en la práctica, lo que, a la luz de los diversos clausulados generales de los contratos de los bancos españoles que ofrecen este servicio, le sirve igualmente de pretexto para analizar aspectos tales como su perfección, los que denomina sus elementos reales –caja de seguridad y remuneración–, personales y temporales, para terminar con sus causas de extinción, cuya inclusión en este primer capítulo no deja de causar cierta sorpresa, si bien se hace patente la falta de entidad suficiente para constituir un capítulo independiente. Cuestiones algunas, las más problemáticas, sobre las que profundiza en capítulos posteriores, resultando bastante para el resto con las nociones precisas que aquí se dan.

Al análisis de la compleja naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad dedica la profesora Quicios el capítulo segundo, como cuestión previa

para abordar con propiedad los temas más prácticos del contenido del contrato y, sobre todo, la responsabilidad de los contratantes, en especial la del banco por daños causados a las cosas depositadas en la caja. Se muestra crítica con las concepciones más simplistas que pretenden su reconducción a los contratos típicos bien de depósito, bien de arrendamiento. En relación con la primera hipótesis, que destaca la idea de custodia, distingue según se entienda que el depósito recae sobre el contenido de la caja de seguridad o sobre la caja misma. Si el objeto del depósito son los bienes que se introducen en la caja, nos encontramos con el problema de la entrega: para la constitución del depósito es necesaria la entrega de los bienes al depositario, circunstancia que aquí no se da. Es el propio titular de la caja quien coloca en ella los bienes, ignorando el banco de qué objetos se trata e incluso su existencia. Afirmación a la que se oponen nuevas teorías según las cuales la entrega no es necesaria para la validez del depósito, sino para su eficacia: no entregar dificulta el cumplimiento, pero la relación obligacional existe con independencia de la misma. Ahora bien, lo que en cualquier caso está claro es que el depositario ha de tener la posesión de los bienes que custodia, lo que no ocurre en el contrato de las cajas de seguridad. El banco no recibe la cosa, luego no está obligado a restituirla, obligación esencial del depositario: es de nuevo el cliente quien retira, cuando así lo desee, los objetos introducidos en la caja. Y no puede decirse que la necesidad de colaboración del banco para que el cliente tenga acceso a esos bienes constituya su restitución, puesto que no implica la finalización del contrato, efecto que sí produce aquélla en el depósito. Por otro lado, ¿cómo se puede conciliar la subsistencia del contrato de cajas de seguridad, cuando ésta está vacía, con su reconducción al depósito de los bienes que en ella se hallaren? Si, por el contrario, el objeto del contrato fuese la caja, nos encontraríamos con un primer problema de difícil solución, cual es que el contrato de depósito sólo puede recaer sobre cosas muebles –art. 1761 CC–, siendo la caja de seguridad bien inmueble por incorporación. Otras críticas, como la de la ausencia de entrega o la falta del carácter ajeno del bien depositado son más discutibles.

La reconducción al arrendamiento, en la que prima la cesión del uso de la caja, tiene también sus *pros* y sus *contras*. A favor, que la subsunción de nuestro contrato en el supuesto de hecho del artículo 1543 CC –arrendamiento de cosas– no presenta dificultad alguna. Se considera que la entrega de la llave equivale a la entrega simbólica de la cosa arrendada, de tal forma que se produce el traspaso posesorio que este contrato típico requiere. Y el obstáculo de la custodia se salva de diferentes maneras: considerándola bien una obligación accesoria, bien manifestación de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa, bien, finalmente, característica predicable de la cosa arrendada –arrendamiento de cosa segura–. Soluciones éstas al escollo de la custodia que la profesora Quicios encuentra insuficientes, por no solventar el problema causal subyacente. La función económico-social del contrato de cajas de seguridad, estima, es la guarda de los bienes introducidos en la caja, mientras que la del arrendamiento es el goce de la cosa. Incluso la noción de arrendamiento de cosa segura lo que en puridad hace es extraer de la causa del contrato para adjuntarla a la caracterización del objeto algo que en verdad es la esencia de aquél: la idea de seguridad. Si lo que se pretende con el contrato es obtener seguridad, ésta no puede apartarse de la causa del contrato.

En vista de la imposibilidad de catalogar éste como uno de los contratos típicos con los que guarda semejanzas, una buena parte de la doctrina ha optado por calificarlo como un contrato atípico, mixto, integrado por elementos semejantes a los propios del depósito y del arrendamiento de cosas que se encuentran en un mismo nivel. Contrato mixto por fusión, que no por mera suma, de elementos propios del depósito y del arrendamiento de cosas.

La autora llega a similares conclusiones a partir del análisis de la causa del contrato de cajas de seguridad. Lo que el cliente busca cuando acude al banco es la custodia de unos bienes a cambio de un precio. La causa última del contrato es, pues, la seguridad. Pero también es relevante, a estos efectos, el medio por el cual esa seguridad se alcanza. No es la entrega directa a un guardián — depositario— para su vigilancia, con la consecuente carga de reclamar su restitución, lo que pretende el cliente. Es el uso libre y reservado de una caja en las dependencias del banco donde los objetos van a estar a salvo —p. 96—. Así pues, la causa del contrato es «unitaria, aunque compleja» —p. 97—, atípica: la cesión del uso de una caja, con el fin de custodiar los bienes en ella introducidos, a cambio de un precio.

Respecto a la naturaleza civil o mercantil del contrato objeto de estudio, la autora, como buena civilista, aboga por su carácter civil, pero con la mitigación que supone admitir la aplicación analógica de preceptos del Código de comercio en aquellos casos en que presenten una mayor identidad de razón con el supuesto falto de regulación que los correspondientes del Código civil.

La naturaleza atípica del contrato de cajas de seguridad hace aconsejable citar la normativa que se le aplica, y a ello dedica la profesora Quicios el primer epígrafe del capítulo tercero. El contrato se rige, en primer lugar, por las reglas establecidas por las partes, mereciendo atención especial las condiciones generales de la contratación establecidas por el banco. Es de interés resaltar que, a efectos de la posible consideración de alguna cláusula de estas condiciones como abusiva, conforme a la reforma operada en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, el cliente, para la autora, es siempre un consumidor. En segundo lugar, habrá de ser tenida en cuenta la normativa general sobre obligaciones y contratos. Finalmente, cuando sea menester, se acudirá a la aplicación analógica de preceptos reguladores del arrendamiento de cosas y del depósito, en la medida que sean respetuosos con la naturaleza jurídica atípica del contrato en cuestión.

El capítulo tercero, en su segunda parte, versa sobre el contenido del contrato. El cliente tiene el derecho a usar la caja y a disfrutar de la seguridad pretendida para los objetos en ella introducidos. En contrapartida, deberá pagar al banco la remuneración convenida —obligación principal consistente tanto en una suma inicial de dinero que se paga anticipadamente por la concesión del uso como, en algunos casos, además, en una cantidad a pagar cada vez que se pretenda acceder a la caja—, usar la caja con la diligencia de un buen padre de familia, abstenerse de introducir en ella objetos peligrosos, nocivos o de tráfico prohibido, consentir las inspecciones justificadas por parte del banco, así como conservar la llave de la caja. El banco tiene derecho a percibir el precio acordado y las obligaciones relativas a la cesión de la caja —ponerla a disposición del cliente y facilitar su uso, mantener su idoneidad para el fin de custodia, mantener su goce pacífico— y a su guarda. Se trata de una custodia que se ejerce sobre la caja e, indirectamente, sobre su contenido, y que tiene una doble dimensión: estática, en el sentido de idoneidad de la caja y de los locales en que se halla —entraña, como vemos, con la obligación, derivada de la cesión del uso, de mantener la caja «en estado de servir para el uso a que ha sido destinada», y que se deduce de la aplicación analógica del artículo 1554.2 CC—; y dinámica, como vigilancia activa.

Para finalizar la obra, se adentra la autora en el oscuro bosque de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las diversas obligaciones asumidas por las partes. Comienza por el estudio del incumplimiento de la obligación del cliente de pagar la remuneración convenida, que permitirá al banco oponer la excepción de incumplimiento contractual, impidiendo, de esta manera, el acce-

so de aquél a la caja, pero nunca ejercitar un derecho de retención, que no ostenta, ni proceder a la apertura de la caja y enajenación forzosa de los bienes que en ella pudieran encontrarse –las cláusulas por las que se reserve tales derechos deberán reputarse no ya abusivas, sino nulas de pleno derecho por infracción de normas imperativas como los arts. 1859, 1863 o 1925, todos ellos del CC–.

Tras una breve referencia al incumplimiento de obligaciones relativas al uso de la caja, cierra el capítulo con un extenso examen del incumplimiento de la obligación de custodia por parte del banco. Es ésta, sin duda, la cuestión más problemática abordada en esta monografía. Problemática porque es la que con mayor frecuencia se plantea y, me atrevo a decir sin el menor temor a equivocarme, se seguirá planteando en la práctica, y problemática porque es la que mayor complejidad jurídica presenta.

El primer aspecto a analizar es cuándo responde el banco. No comparte la profesora Quicios la teoría mayoritaria de que la obligación de custodia es una obligación de resultado y, en tanto que tal, responde el banco en cualquier supuesto en que los bienes introducidos en la caja se pierdan o sufran algún daño, salvo que pruebe la intervención de caso fortuito o fuerza mayor. Estima que se trata de una obligación de medios, tendente, como es lógico, a mantener seguros dichos bienes –lo que le permite entender producido el incumplimiento, aun antes de que acaezca el evento dañoso, cuando el banco no está desplegando toda la diligencia exigible–. Para regular la responsabilidad del banco por incumplimiento de su obligación de custodia acude, por vía analógica, a la normativa del depósito cerrado, dado que la obligación de custodia y su objeto coinciden en ambos casos. En virtud del párrafo segundo del artículo 1769 CC, presume la culpa del banco, salvo que éste pruebe su diligencia. Régimen de responsabilidad éste que se agrava mediante la aplicación también analógica del artículo 307 CCO, según el cual el depositario –entiéndase el banco– sólo puede liberarse de su responsabilidad probando el caso fortuito o la fuerza mayor. A la prueba del caso fortuito equipara la autora, en vista de la estrecha conexión entre caso fortuito y ausencia de culpa, la prueba del empleo de una diligencia extrema. De este modo, los supuestos de robo o atraco no pueden considerarse casos fortuitos más que cuando el banco prueba haber adoptado convenientemente todas las cautelas necesarias para su evitación; de igual manera que los de inundación o incendio no podrán reputarse fuerza mayor cuando se deban a una negligencia de los empleados del banco o cuando los daños hayan sido facilitados por deficiencias en las instalaciones.

Determinada la existencia de responsabilidad del banco, procede concretar de qué daños ha de responder, y éstos serán los que sufran los objetos introducidos dentro de la caja, correspondiendo al cliente la prueba de la preexistencia de los bienes en la caja así como la valoración de los daños, operando en su contra el secreto del que se ha beneficiado durante la vigencia del contrato. Para aligerar en cierta medida esta carga, podrá hacerse uso de la prueba de presunciones.

Uno de los temas más debatidos por la doctrina ha sido el de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, tan frecuentes en la práctica bancaria. Las cláusulas por las que el banco se exonera de manera absoluta de su responsabilidad son nulas y se tendrán por no puestas, bien por la aplicación de los artículos 1102 y 1103 CC, bien por la de los apartados 1 y 2 del artículo 10 bis, y la disposición adicional primera, número 10, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Parecen igualmente inefectivas las cláusulas limitativas de responsabilidad en sentido estricto, en virtud de las cuales se acota el *quantum* indemnizatorio.

Mención aparte merecen las denominadas cláusulas limitativas del contenido de la caja de seguridad, por las que se obliga el cliente a no introducir en ella

bienes por un valor superior al convenido. Estas cláusulas son consideradas por una buena parte de nuestra doctrina supuestos de limitación de la responsabilidad del banco, concepción que no comparte la profesora Quicios, para quien realmente configuran «el uso que el banco cedente permite hacer de la cosa cedida» –p. 196–. Condiciona, sin embargo, la validez de estas cláusulas al establecimiento de «una tarifa de precios distintos en función del valor máximo de los objetos que pueden introducirse por el cliente en la caja cuyo uso se cede» –p. 196–, de tal manera que el banco tendría un interés legítimo en que el cliente no introdujera bienes de superior valor. Teoría ésta tan novedosa como discutible. En opinión de quien estas líneas suscribe, no difiere mucho el resultado conseguido mediante la oferta de diferentes categorías de cajas de seguridad, en función de su precio y el correlativo valor máximo de los bienes que cada una pueda albergar, del que podría ser alcanzado, sin tal diversidad, a través de la contratación por parte del cliente de varias cajas de seguridad, de forma que, pagando el canon correspondiente a cada una de ellas, e introduciendo bienes hasta el máximo valor permitido por caja, tuvieran cabida todos los bienes cuya seguridad pretendiera. En uno y otro supuesto, el cliente puede incrementar el valor máximo permitido de los bienes cuya inclusión en la caja desea a cambio de un canon superior, derivado de la contratación ya sea de una única caja de mayor «capacidad», ya sea de varias cajas. Y el interés del banco, aparte del indirectamente perseguido de la limitación de su responsabilidad, es similar en ambos casos: obtener el lucro económico derivado de la cesión del uso bien de cajas más caras, en correlación con el superior valor de los bienes admitidos, bien simplemente de más cajas. De tal manera que se ve perjudicado cuando el usuario deposita en la caja de seguridad bienes por un mayor valor del fijado, ya que, en puridad, debería contratar ora una caja susceptible de contener objetos por ese mayor valor, ora una nueva caja, pagando el canon correspondiente. Es evidente que la solución aportada por la profesora Quicios goza de importantes ventajas prácticas, una de las cuales es la nunca desdeñable libertad del cliente de escoger la caja que más se adecúe a sus necesidades, acompañada del justo equilibrio de las prestaciones procedente del pago de un precio acorde con el servicio recibido. Pero, jurídicamente, el interés del banco, en el que ella se funda para defender su teoría, se me antoja el mismo en ambas hipótesis. Para concluir, sin entrar a valorar la legitimidad o no del mencionado interés, procede simplemente apuntar el problema real que hace cuestionables tales cláusulas: el establecimiento por los bancos de unos valores máximos tan ínfimos que desnaturalizan el propio contrato. Límites máximos de quinientas mil pesetas, como los que aparecen en los formularios de algún banco español, son contrarios a la naturaleza jurídica de un contrato, como el que es objeto de estudio en esta obra, que por definición pretende proporcionar una mayor seguridad a la que el propio cliente podría otorgar a unos bienes suficientemente valiosos como para merecerla.

Es ésta, en definitiva, una completa monografía, producto sin duda de un encomiable trabajo de investigación –prueba de ello es la ingente cantidad de notas a pie de página que ilustran, sin enturbiarlo, el desarrollo de la exposición–, que consigue, a través, por un lado, de un detallado estudio tanto de la no muy abundante doctrina patria como de la mucho más prolija doctrina foránea, fundamentalmente italiana, y por otro, del exhaustivo examen de los formularios bancarios, así como de la jurisprudencia en la materia, ofrecer una visión global de esta figura capaz de interesar ya a teóricos, ya a prácticos del Derecho.

Revistas Extranjeras

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, José María BECH SERRAT, María Rosario DÍAZ ROMERO, María Paz GARCÍA RUBIO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.-II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

CIAN, G.: «Le "Istituzioni di Diritto Privato" nell'età delle codificazioni e della pandectistica», *RDC*, 1998, núm. 4, parte primera, pp. 393-407.

Revisión histórica de las Instituciones de Derecho Privado en la tradición europea del Derecho civil: función didáctica y sistemática, con especial referencia a la Pandectística. (*M. R. D. R.*)

DI MARZIO, F.: «Frode alla legge nei contratti», *GC*, 1998, núm. 12, pp. II, 573-596.

Análisis doctrinal y jurisprudencial del fraude de ley, a través de contratos que tratan de eludir una norma imperativa, con especial referencia a los contratos de enajenación en garantía, contratos agrarios, etc., y el fraude a terceros: acreedores, fisco. (*M. R. D. R.*)

GIORGIANNI, M.: «Le "Istituzioni" del diritto civile nella tradizione dell'esegesi», *RTDPC*, 1998, núm. 4, pp. 1063-1075.

Revisión del Derecho civil, desde sus orígenes histórico-romanos y las influencias francesas y del sistema pandectístico. (*M. R. D. R.*)

LANGENBUCHER, K.: «Argument by Analogy in European Law», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 481-521.

Estudio comparativo del argumento analógico en los ordenamientos jurídicos de la Unión europea. Existen al respecto dos grandes modelos: el del *Civil Law*, donde la analogía sirve para llenar una laguna en un código, y el del *Common Law*, donde constituye una técnica para aplicar la *ratio decidendi* de un precedente a un caso nuevo. Ambas formas de argumento pueden utilizarse en el Derecho comunitario europeo. (*A. R. G.*)

RESCIGNO, P.: «I manuali di diritto privato dopo la Costituzione», *RDC*, 1998, núm. 4, parte primera, pp. 409-418.

Reflexión acerca de la adaptación del Derecho privado a los valores fundamentales introducidos por la Constitución democrática. (*M. R. D. R.*)

SCHWARZE, J.: «Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht», *JZ*, 1998, pp. 1077-1088.

El arduo asunto con Europa y su Derecho.

El desarrollo del Derecho europeo está resultando una cuestión central para los Estados miembros de la Unión y para sus ordenamientos jurídicos. Este trabajo examina de un lado los problemas fundamentales de adaptación que se producen para los Derechos nacionales. Por otro lado, investiga las dificultades jurídicas que se plantean para el propio Derecho europeo. En todo ello la cuestión de una constitución europea federal desempeña un papel fundamental. (*M. P. G. R.*)

SONNENBERGER, H. J.: «Der Ruf unserer Zeit nach europäischer Ordnung des Zivilrechts», *JZ*, 1998, pp. 982-991.

El clamor de nuestro tiempo por un ordenamiento europeo en campo del Derecho civil.

El desarrollo del Derecho civil en Europa se ve marcado por la exigencia de una creciente unificación jurídica. ¿Qué conceptos y qué realidades están detrás de esta exigencia? ¿Cómo se está actuando en el Derecho material y en el Derecho internacional privado y qué papel tienen que jugar ambos en ese proceso? ¿Qué función y qué posibilidades tiene la doctrina en la formación del Derecho civil en Europa? (*M. P. G. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ALPA, G.: «Aspetti della disciplina sui datti personali riguardanti gli enti e l'attività economica», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 713-731.

Reflexión sobre el tratamiento jurídico de los datos personales, en el ámbito de los derechos de la personalidad, intimidad, dignidad, etc., y sus técnicas procesales de tutela, y en relación con la responsabilidad civil en caso de violación de las disposiciones relativas a esta disciplina.

Referencias a los intereses en juego, identificación de los sujetos que desarrollan actividad económica en esta materia, y derechos y medios de tutela en el tratamiento de los datos. (*M. R. D. R.*)

CARINGELLA, F.: «Ancora fitta la nebbia sull'accesso ai dati personali (sensibili e non)», *FI*, 1998, vol. 12, pp. 610-623.

Artículo sobre el derecho a la intimidad y el acceso a los documentos administrativos. (*Alma R. G.*)

CATALLOZZI, M.: «I provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte segunda, pp. 436-451.

Artículo dedicado a la función y poderes del garante de la protección de los datos personales. (*Alma R. G.*)

DAMM, R.: «Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung», *JZ*, 1998, pp. 926-938.

Protección de la personalidad y desarrollo de las técnicas médicas. En el camino hacia la modernización de los derechos de la personalidad.

El artículo se sitúa en las tendencias de la protección jurídica de la personalidad en el proceso de desarrollo de las técnicas médicas, incluyendo las técnicas de reproducción y genética humanas. Los problemas de relevancia teórica y práctica en este campo plantean crecientes cuestiones en temas de derechos de la personalidad, que al mismo tiempo tienen un significado general. En primer lugar se intenta aclarar en una visión de conjunto, en qué medida las nuevas técnicas médicas y biotécnicas afectan a las relaciones de la personalidad y la modernidad. La necesidad de un tratamiento interdisciplinar entre los sectores normativos de Derecho civil, penal y de Derecho público, es considerable. (*M. P. G. R.*)

DENNINGER, E.: «Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung», *JZ*, 1998, pp. 1129-1135.

La eficacia de los derechos humanos en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán. Sobre el valor de los derechos humanos más allá de las fronteras entre el Derecho natural y el Derecho positivo. (*M. P. G. R.*)

ELST, M.: «Present and future of russian copyright law», *RIDA*, 1998, octubre, núm. 178, pp. 83-141.

Descripción del presente y el futuro del derecho de autor en Rusia. En relación con el presente, el autor expone distintos aspectos, tales como cuál es la protección de los programas de ordenador y de las bases de datos; quién puede ser titular de los derechos sobre las obras audiovisuales; o si se reconoce como autor al asalariado que realiza la obra en el marco de un contrato de trabajo. Se refiere también a cuatro prerrogativas que reconoce el derecho de autor ruso, prerrogativas que son de orden moral, inalienables. Y, de otro lado, se refiere a los derechos patrimoniales (en general, primero, y luego, en particular, al derecho de distribución y al derecho de *suite* o reventa pública). Se señalan los límites al ejercicio de estos derechos y a su correlativa protección, entre otras cuestiones (desde el punto de vista del Derecho contractual, caracterización de derechos afines, responsabilidad -civil, penal y administrativa-,...). Por último, el autor hace algunas aproximaciones al futuro inmediato de la legislación rusa, determinado -explicar por las obligaciones asumidas por Rusia en el marco del Acuerdo de asociación y de cooperación firmado el 24 de junio de 1994 entre las Comunidades Europeas y los Estados Miembros, por un lado, y la Federación de Rusia por el otro. (*C. J. D.*)

FUSI, M.: «Utilisation publicitaire des photographies de personnes en droit italien», *GP*, 1998, núm. 329-330, pp. 3-4.

El derecho a la imagen como derecho de la personalidad en el Derecho italiano. (*R. A. R.*)

GENDREAU, Y.: «Le droit de reproduction et l'Internet», *RIDA*, 1998, octubre, núm. 178, pp. 3-81.

La posibilidad de difundir por Internet todo tipo de obras lleva a plantearse cuál es la interpretación más adecuada de las normas jurídicas que regu-

lan la utilización que se haga de las obras. El autor estructura este trabajo relativo al derecho de reproducción e Internet en dos partes: en la primera, analiza el derecho de reproducción *como instrumento que permita describir las actividades de difusión de las obras por Internet* (se dan las perspectivas histórica y jurisprudencial de esta materia); en la segunda, estudia el derecho de reproducción *como instrumento para analizar los retos de la difusión de obras por Internet* (en particular, la extensión y el ejercicio del derecho, la cuestión del derecho aplicable –¿derecho de reproducción? ¿derecho de comunicación al público?–, y la referencia a las personas afectadas como sujeto activo o como sujeto pasivo del derecho). (C. J. D.)

GERLACH, J. VON: «Der Schutz der Privatsphäre von Personen des öffentlichen Lebens in rechtsvergleichender Sicht», *JZ*, 1998, pp. 741-753.

La protección de la esfera privada de las personas de vida pública: una visión de Derecho comparado.

Partiendo de la reciente decisión del Tribunal Supremo alemán, sobre el caso llamado *Schlüssellochfotografie*, se hace una investigación de Derecho comparado sobre la relación entre la libertad de prensa y la protección de la esfera privada y se reclama la armonización en el ámbito europeo, a cuyo efecto según el autor la norma francesa puede servir como modelo. (M. P. G. R.)

HOEREN, Th.: «Internet und Recht- Neue Paradigmen des Informationsrechts», *NJW*, 1998, pp. 2849-2854.

Internet y Derecho. Nuevos paradigmas del Derecho de información. (M. P. G. R.)

KUTSCHA, M.: «Grundrechte als Minderheitschutz», *JuS*, 1998, pp. 673-679.

Derechos fundamentales y protección de las minorías. (M. P. G. R.)

LA BARBERA, M. C.: «Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico», *DFP*, 1998, vol. 3, parte primera, pp. 1033-1044.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de octubre de 1997 sobre el procedimiento de rectificación de atribución de sexo, cuando éste no ha sido precedido por la operación médico-quirúrgica de adecuación de los caracteres sexuales. (Alma. R. G.)

MANERA, G.: «Osservazioni sulla pretesa necessità dell'audizione del minore nella procedura di adottabilità - nota a Cass. 23 luglio 1997 n. 6899», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2296-2306. (M.R.D.R.)

MORELLI, M. R.: «Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la interpretativa di inammissibilità. (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa) - nota a C. cost. 26 settembre 1998 n. 347», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2410-2416. (M. R. D. R.)

PODDIGHE, E.: «Sul diritto di pubblicazione, riproduzione o cessione del ritratto fotografico», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 498-508.

Comentario a Cass. de 10 de junio de 1997 núm. 5175 sobre calificación y objeto de los negocios atributivos del derecho de disfrute económico de la imagen. (Alma R. G.)

SCHAPP, J.: «Grundrechte als Wertordnung», *JZ*, 1998, pp. 913-918.

Los derechos fundamentales como orden de valores. (*M. P. G. R.*)

VENCHIARUTTI, A.: «Profili della salute mentale nel diritto privato», *DFP*, 1998, vol. 3, parte segunda, pp. 1240-1267.

Artículo sobre algunas cuestiones referentes a los enfermos mentales (protección del enfermo psíquico, celebración de actos y negocios jurídicos de naturaleza patrimonial, responsabilidad civil...). (*Alma R. G.*)

VESTERGAARD-JENSEN/LYNGHOLM: «Usage commercial des images de personnes au Danemark», *GP*, 1998, núm. 329-330, pp. 9-10.

Diferencias que se presentan en la utilización comercial de la imagen de las personas según que éstas sean conocidas o no. (*R. A. R.*)

ZENO-ZENCOVICH, V.: «Una lettura comparatistica della l.n. 675/96 sul trattamento dei dati personali», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 733-745.

Estudio de derecho comparado de la Ley sobre tutela de los derechos de la personalidad a través de la regulación del tratamiento de los datos personales, reflexionando sobre la naturaleza jurídica del dato personal y sus medios de tutela y control. (*M. R. D. R.*)

PERSONA JURÍDICA

ORLANDI, M.: «Persona giuridica e disconoscimento della sottoscrizione - nota a Cass. 1° dicembre 1997 n. 12179», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2282-2285. (*M. R. D. R.*)

RAISER, T.: «Der Begriff der juristischen Person», *AcP*, 1999, pp. 104-144.

El análisis profundo del concepto de persona jurídica se justifica por el autor en relación con supuestos en los que se niega dicha personalidad, y se configuran como mancomunidades (*Gesamthand*). Se critica sin embargo esa contraposición, y se postula un concepto amplio de persona jurídica en el que tienen cabida la mayoría de supuestos conceptuados como *Gesamthand*. (*I. G. P.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ANGELONI, F.: «Gli atti "espressamente proibiti dalla legge" di cui all'art. 28 legge notarile sono dunque, solo gli atti nulli in quanto contrari a norme proibitive», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1007-1026.

Análisis de dos decisiones del Tribunal Supremo italiano que han cambiado de forma radical la precedente jurisprudencia en relación con la interpretación del artículo 28 párrafo 1.º núm. 1.º de la ley 16 de febrero de 1913 en materia de Notarios. (*Alma R. G.*)

BACHASSON, D.: «La représentation du débiteur et des créanciers dans les procédures collectives», *GP*, 1998, núm. 345-346, pp. 2-6.

Separación de los distintos procedimientos colectivos, sus posibles evoluciones y los órganos competentes. La representación protectora y temporal del deudor y la representación de los acreedores en los procedimientos de insolvencia. (*R. A. R.*)

BACIN, M.: «La condizione unilaterale: un test dell'autonomia contrattuale», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 339-359.

Estudio de la condición unilateral, desde la óptica de la autonomía de la voluntad: ámbito de aplicación, límites, términos, forma, régimen de publicidad. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «In tema di obbligo a contrarre a favore di terzo da nominare», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 486-492.

Comentario a Cass., de 9 de julio de 1997 núm. 6206 sobre la posibilidad de concluir un contrato a favor de un tercero que no está determinado. (*Alma R. G.*)

BEATSON, J.: «The incorporation of the EC Directive on Unfair Consumer Contracts into English Law», *ZEuP*, 1998, pp. 957-968.

Incorporación de la Directiva 13/93 CE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores al Derecho inglés. Análisis de los problemas que plantea la transposición de la Directiva y las dificultades derivadas de la diversidad de parámetros de control en el Derecho inglés y en la Directiva. (*I. G. P.*)

BERNDT, J./BOIN, K. T.: «Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts», *NJW*, 1998, pp. 2854-2861.

Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad civil. (*M. P. G. R.*)

BOBIN, C.: «La mora creditoris», *RTDC*, 1998, núm. 3, pp. 607-632.

Se centra en cuáles son los requisitos para que nazca la mora del acreedor: oferta de ejecución emanada del deudor y la necesidad de una actuación por parte del acreedor. Dentro de cada uno de estos requisitos estudia tanto las modalidades de oferta de ejecución como las de participación del acreedor. Pasa posteriormente a estudiar los efectos de esta mora. (*I. S. P.*)

BONAMORE, D.: «Equivalenza semantica ed equipollenza giuridica di "indennità, indennizzo, risarcimento" quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici - nota a Cass. 8 maggio 1997 n. 548 (ord)», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3243-3254. (*M. R. D. R.*)

BONZI, M.: «In tema di errore sulla natura edificatoria di un terreno», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 646-652.

Análisis de diversas cuestiones sobre el tema del error en los contratos: error de hecho y de derecho, error sobre el valor del bien objeto del contrato, error y cualidades esenciales, reconocibilidad del error... (*Alma R. G.*)

BORDESSOULE DE BELLEFEUILLE/ROLF-PEDERSEN: «Jex et bail d'habitation notarié: une récente avancée des droits des bailleurs?», *GP*, 1999, núm. 38-40, pp. 2-3.

Diferencia de las dificultades entre el título y la ejecución en un contrato. (R. A. R.)

BORÉ, J.: «Indemnisation des victimes par ricochet en droit commun en cas de rejet de la demande par le fonds», *GP*, 1999, núms. 15-16, pp. 8-9.

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil de 28 de abril de 1998, sección primera, sobre indemnización a las víctimas del SIDA. (R. A. R.)

BOSS, A. H.: «Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform», *Tul.L.Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 6, pp. 1931-1984.

Estudio de la influencia del *Model Law on Electronic Commerce* (1996) de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho comercial internacional (UNCITRAL) en el proceso de revisión del artículo 2 del *Uniform Commercial Code* (1996) norteamericano, en la Convención de Viena, de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), así como en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (1994). (J. M. B. S.)

BOURRIÉ-QUENILLET, M.: «Le préjudice moral des proches d'une victime blessée. Dérive litigieuse ou prix du désespoir», *SJ*, 1998, núm. 51, pp. I-186, 2205-2210.

Balance doctrinal y jurisprudencial sobre los problemas que se plantean a la hora de definir el contenido preciso del daño que supone la contaminación del SIDA por transfusión así como de determinar la cantidad económica de dicho perjuicio. (I. S. P.)

BRAUN, J.: «Haftung für Massenschäden», *NJW*, 1998, pp. 2318-2324.

Responsabilidad por daños en masa.

¿Está adaptado el vigente Derecho de daños a las formas aparentes de causación de daños en una sociedad industrial altamente tecnificada? Un aspecto parcial de esta cuestión —el problema de los daños en masa— fue el objeto del encuentro de juristas alemanes de 1998 en Bremen. En este artículo se introduce el tema, se muestran sus implicaciones y se pregunta si y dónde se situaría la necesidad de una reforma legislativa sobre la cuestión. (M. P. G. R.)

BÜLOW, P.: «Beweislastfragen im Verbraucherkreditrecht», *NJW*, 1998, pp. 3454-3457.

Cuestiones sobre la carga de la prueba en la ley de crédito al consumo. (M. P. G. R.)

BUTA, G.: «Ancora in tema di compravendita di cosa altrui - nota a Cass. 2 febbraio 1998 n. 984», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3194-3196. (M. R. D. R.)

BYDLINSKI, P./KLAUNINGER, J.: «Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen auf Bürgschaftsverpflichtungen von Verbrauchern», *ZEuP*, 1998, pp. 994-1015.

Sobre la aplicación de la Directiva 85/577 EC, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en contratos celebrados fuera de los

- establecimientos mercantiles a las obligaciones derivadas de un contrato de fianza celebrado por un consumidor. Comentario a la sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1998. (*I. G. P.*)
- CALDERONI, C.: «“Presupposizione” e disciplina del contratto - nota a Cass. 24 marzo 1998 n. 3083», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3163-3175. (*M. R. D. R.*)
- CALTABIANO, S.: «A proposito della cosiddetta prova negativa nella *condictio indebiti*», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 703-709.
- Otro nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo italiano sobre la carga de la prueba en materia del cobro de lo indebido. (*Alma R. G.*)
- CAMPAGNOLO, R.: «Infungibilità della prestazione di fare e sentenza di condanna», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 876-880.
- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de octubre de 1997 sobre el éxito de una acción de condena al cumplimiento en forma específica de una obligación de hacer. (*Alma R. G.*)
- CARDILLI, R.: «Un diritto comune in materia di responsabilità contrattuale nel sistema giuridico romanistico», *RDC*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 315-354.
- Reflexión acerca de la dificultad de armonizar los dos sistemas jurídicos europeos, romanístico y de *common law*, para la formación de un derecho común europeo en materia de responsabilidad por incumplimiento contractual: criterios de imputación, responsabilidad por riesgo, etc. (*M. R. D. R.*)
- CASAUX-LABRUNÉE, L.: «Vice caché et défaut de conformité: propos non conformistes sur une distinction viciée», *RDS*, 1999, núm. 1, pp. 1-7.
- Comentario a la sentencia de la Corte de Apelación de París de 16 de septiembre de 1997. (*I. S. P.*)
- CASEY, J.: «Le créancier ne peut pas, par voie de l'action oblique, demander la révision d'une clause d'inaliénabilité stipulée dans une libéralité faite à son débiteur», *SJ*, 1998, núm. 43, pp. II-10167, 1859-1862.
- Disposición de un bien donado por el donatario según las condiciones del artículo 900-1 del Código civil francés. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil de 3 de junio de 1998, sección primera. (*I. S. P.*)
- CASSIN, I.: «Les organismes génétiquement modifiés et le nouveau régime de la responsabilité du fait des produits défectueux», *GP*, 1999, núm. 22-23, pp. 7-12.
- El autor plantea la cuestión de si la responsabilidad por productos defectuosos se puede aplicar a los organismos genéticamente modificados. (*R. A. R.*)
- CATTANI, M.: «Intorno ai rapporti fra mora credendi e interesse ad agire - nota a Pret. Viareggio 27 aprile 1998», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2336-2338. (*M. R. D. R.*)
- CENNI, D.: «Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni», *DFP*, 1998, vol. 3, pp. 1063-1087.
- Profundización en el tema de contratos conexos. (*Alma R. G.*)

CHessa, Cc.: «Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 999-1004.

Notas sobre el nuevo artículo 2645-bis CC, introducido por el artículo 3 de la l. 28 febbraio 1997, n. 30, que fija un término a la eficacia derivada de la anotación registral del contrato preliminar. (*M. R. D. R.*)

CHINDEMI, D.: «Responsabilità del supermercato a seguito di caduta accidentale di un cliente», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 901-903.

Comentario a la sentencia de apelación de 15 de mayo de 1998 en el que prevalece la configuración de la responsabilidad del gestor de un supermercado por los daños sufridos por un cliente como responsabilidad por los daños ocasionados por los bienes en custodia. (*Alma R. G.*)

CHINDEMI, D.: «Sul termine prescrizione dei canoni del contratto di leasing e dei relativi interessi», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 575-577.

Comentario a App. Milano, de 23 de diciembre de 1997, en el que a través del análisis de la naturaleza jurídica de la renta en el contrato de leasing trata de concluirse si debe aplicarse como plazo de prescripción el de quince años del artículo 2948 párrafos 3 y 4 del Código civil o el ordinario de diez años del artículo 2946 del Código civil. (*Alma R. G.*)

CICCONI, E.: «L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite», *GC*, 1998, núm. 11, pp. II, 523-541.

Observaciones acerca de la naturaleza jurídica y prescripción de la acción de responsabilidad contra administradores, liquidadores y directores de una sociedad en quiebra, con especial referencia a la necesidad de probar los elementos constitutivos de la responsabilidad: incumplimiento de obligaciones, nexo causal y daño. (*M. R. D. R.*)

COLAGRANDE, R.: «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti», *NLCC*, 1998, núm. 4, pp. 700-741.

Estudio de la disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios, tras la promulgación de la ley de 30 de julio de 1998, núm. 281. Se revisa el fundamento del sistema jurídico de protección y tutela de los consumidores, derechos fundamentales, intereses colectivos, etc., desde una perspectiva sustancial, procesal y administrativa. (*M. R. D. R.*)

CORRIAS, P. E.: «La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipanti», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 1005-1031.

Reflexión acerca de la modificación introducida, por la posibilidad de inscripción registral del contrato preliminar, en el régimen jurídico de la posición del adquirente respecto al bien y los efectos anticipados del contrato. (*M. R. D. R.*)

COULAUD, G.: «Correspondances confidentielles échangées entre un avocat et des professionnels n'ayants pas la qualité d'avocat», *GP*, 1998, núm. 324-325, pp. 24-28.

Responsabilidad de los abogados que envían correspondencia en interés de sus clientes cuando en tal comunicación no se precisa su carácter confidencial. (R. A. R.)

COSTANZA, M.: «L'acquisto dei titoli è atto di esecuzione nei contratti "dont"?» - nota a Cass. 20 marzo 1998 n. 2927», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2614-2616. (M. R. D. R.)

CRÉDOT, J.: «Les contrats en euros», *GP*, 1999, núm. 34-35, pp. 27-31.

Estudio del período transitorio hasta la entrada en vigor del euro. Tras el fin de ese período se estudia la relación de este proceso con la continuidad de los contratos. (R. A. R.)

CRISCUOLI, R.: «Danno morale da incidente stradale ed elemento soggettivo», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 673-678.

Comentario a Cass. de 6 de noviembre de 1997 núm. 10923 sobre la admisión del resarcimiento del daño moral cuando la responsabilidad se sostiene sobre la base de una presunción. (*Alma R. G.*)

CROZE/MOUSSA: «Les modifications apportées à la saisie immobilière par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions», *SJ*, 1998, núm. 45-46, Actualité, pp. 1937-1940.

Notas sobre la ley 98-657 de 29 de julio de 1998 sobre lucha contra las exclusiones en materia de arrendamiento. Modificaciones procesales y garantías. (*I. S. P.*)

D'ANDREAS, S.: «Transazione su titolo nullo», *RDC*, 1998, núm. 5, parte primera, pp. 601-636.

Estudio de los efectos del contrato de transacción y sus diferentes modalidades, según las circunstancias que acompañen al negocio: transacción sobre negocio inexistente, ilícito, título anulable, título rescindible, resolutorio, etc. (*M. R. D. R.*)

DE CRISTOFARO, G.: «Il consenso del consumatore alla cesione del contratto», *RDC*, 1998, núm. 5, parte segunda, pp. 523-607.

Extenso estudio sobre la cesión de contratos de adhesión, en relación con la tutela de los derechos del consumidor y las cláusulas abusivas, teniendo en cuenta las disposiciones adoptadas al respecto, en otras legislaciones como la alemana y la Comunidad Europea (Directiva CEE 93/13). (*M. R. D. R.*)

DE MATTEIS, R.: «Dalla promessa di vendita al preliminare trascritto», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 301-338.

Análisis de la evolución del esquema contractual y los efectos anticipados, desde la promesa de venta al contrato preliminar susceptible de inscripción registral. (*M. R. D. R.*)

DEMNARD-TELLIER, I.: «Les incidences de la programmation orientée objet sur les relations contractuelles», *GP*, 1999, núm. 20-21, pp. 13-15.

Evolución tecnológica y adaptación de las leyes a ella. Problemas actuales de tal adaptación por el ritmo acelerado de los inventos tecnológicos. (R. A. R.)

DEUTSCH, E.: «Sicherheit bei Blut und Blutprodukten: Das Transfusionsgesetz von 1998», *NJW*, 1998, pp. 3377-3380.

Seguridad con la sangre y con los productos hemoderivados. La ley de transfusiones de 1998.

La ley de transfusiones da una respuesta a la problemática de la producción y transfusión de sangre, especialmente por la contaminación de sangre y productos hemoderivados con el virus *VIH*. De las dos posibilidades de regulación, el establecimiento de presupuestos normativos preventivos, o reglas de tipo indemnizatorio, el legislador ha elegido la primera. La pregunta es si la ley puede conseguir sus objetivos, evitando tanto excesos como defectos. (*M. P. G. R.*)

DI CIOMMO, F.: «Circolazione di veicoli e danno al trasportato: le nuove frontiere della presunzione di responsabilità», *FI*, 1998, vol. 11, pp. 3111-3115.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 26 de octubre de 1998 sobre la indemnización del dañado en accidentes de circulación. (*Alma R. G.*)

DI GREGORIO, V.: «Commento a Cass., 30.12.1997, núm. 13097», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 756-761.

Comentario acerca de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del *falsus procurator*. (*Alma R. G.*)

DIDONE, A.: «Note sul concordato dell'impresa assicuratrice in l.c.a. - osservazione a Cass. 23 febbraio 1998 n. 1939», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2235-2236. (*M. R. D. R.*)

EDENFELD, S.: «Der Schuldner am Pranger - Grenzen zivilrechtlicher Schuldbeitreibung», *JZ*, 1998, pp. 645-653.

El acreedor en la picota. Fronteras civiles del cobro de deudas. (*M. P. G. R.*)

EINSELE, D.: «Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen», *AcP*, 1999, pp. 145-189.

Estudio del pago a través de ingreso en cuenta corriente, sus presupuestos y modalidades, así como la responsabilidad de las entidades de crédito por el cumplimiento de órdenes de pago, tanto en transacciones nacionales como internacionales. Se analizan las soluciones del Derecho alemán a la luz de las propuestas contenidas en la Directiva del Parlamento y del Consejo de 27 de enero de 1997. (*I. G. P.*)

FABER, W.: «Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht», *ZEuP*, 1998, pp. 854-892.

El concepto de consumidor, según el autor, se ha convertido en un punto central de referencia en el moderno Derecho civil, en particular en el ámbito del Derecho comparado europeo. Mas no siempre la perspectiva adoptada es la misma, y siempre se discute si se debe incluir o no en la noción de consumidor al pequeño empresario. La finalidad de su estudio es analizar los elementos que integran la noción de consumidor en diferentes normas y

su posición jurídica en el Derecho alemán, suizo y austríaco, así como en varias Directivas de la UE y normas de conflicto. (*I. G. P.*)

FARNSWORTH, E. A.: «The American Provenance of the UNIDROIT Principles», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 6, pp. 1985-1994.

El artículo analiza la incidencia del Derecho norteamericano en la elaboración de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (1994). El autor se fija en distintos aspectos de algunos textos de Derecho uniforme, así como en las diferencias institucionales entre la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). (*J. M. B. S.*)

FAURE, M./HARTLIEF, T.: «Remedies for Expanding Liability», *Oxford J. Legal Stud.*, 1998, vol. 18, núm. 4, pp. 681-706.

El mayor rigor del sistema de responsabilidad civil de los empresarios dificulta el aseguramiento de ciertos riesgos. El artículo identifica las causas de este fenómeno y estudia diversos mecanismos que permitan calcular de forma adecuada dichos riesgos. (*J. M. B. S.*)

FLANNIGAN, R.: «Contractual Responsibility in Non-profit Associations», *Oxford J. Legal Stud.*, 1998, vol. 18, núm. 4, pp. 631-659.

Examen de la responsabilidad contractual de los miembros de una asociación sin ánimo de lucro por las actuaciones llevadas a cabo por los miembros de su órgano de gobierno y representación. Ante la insuficiencia de las previsiones del *common law* en materia de sociedades y asociaciones en los supuestos de delegación de las facultades de gobierno y representación, el autor se refiere a algunos casos recientes en los que dicha responsabilidad sólo se imputa a los miembros que participan en su dirección. (*J. M. B. S.*)

FLUME, W. : «Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen», *AcP*, 1999, pp. 1-37.

El autor se ocupa de distintos supuestos en los que procede restablecer el equilibrio patrimonial en relaciones en las que intervienen tres o más personas; en particular, supuestos de indicación de pago, pago al acreedor aparente, o pago de lo indebido por el deudor aparente, analizando el fundamento de las distintas pretensiones de restitución que en el caso puedan surgir. (*I. G. P.*)

FONTANESI, F.: «L'ingiuria grave e la revocazione della donazione», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 511-518.

Comentario a *Cass.*, de 28 de agosto de 1997, núm. 8165, en materia de donaciones. (*Alma R. G.*)

FREUDLING, G.: «Die Schadensersatzansprüche des Käufers bei Schlechterfüllung in der Gerichtspraxis während der Entstehungszeit und der Zeit nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs», *AcP*, 1998, pp. 599-611.

Estudio sobre las pretensiones indemnizatorias del comprador en caso de incumplimiento en la práctica judicial de principios y mediados de siglo, cuando se promulgó el *BGB* y tras su entrada en vigor. Las dificultades que

sigue suscitando la indemnización del daño en la compraventa en caso de entrega de mercancías defectuosas se refleja en la sentencia del *BGH* de 13 de marzo de 1996, y se califica como uno de los problemas más arduos del Derecho privado. La autora realiza un breve examen comparativo entre los criterios jurisprudenciales utilizados hasta 1940 y la situación actual. (*I. G. P.*)

FROMION-HEBRARD, B.: «Responsabilité du fait des choses: conditions d'exonération», *SJ*, 1998, núm. 48, pp. II-10191, 2065-2069.

Sólo cabe exoneración cuando se debe a fuerza mayor. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección segunda, de 25 de junio de 1998. (*I. S. P.*)

GALLO, P.: «Arricchimento senza causa e quasi contratti. Rimedi restitutori», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 413-422.

Información bibliográfica y jurisprudencial sobre la figura del enriquecimiento sin causa y los cuasi contratos. Remedios restitutorios. (*M. R. D. R.*)

GAN-SJVL: «La responsabilité délictuelle du fait des agissements d'un mineur faisant l'objet d'une mesure de placement: évolution ou révolution?», *GP*, 1999, núm. 17-19, pp. 2-5.

Los principios de la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad fundada en la guarda del menor. Solución dada por la sentencia de 28 de marzo de 1998 de la corte de casación penal. (*R. A. R.*)

GANDOLFI, G.: «La "condizione" nel progetto pavese di un "codice europeo dei contratti"», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 287-299.

Principales innovaciones respecto al *codice* italiano, y otros códigos europeos, en relación a la condición como elemento accidental del contrato, tras el Proyecto elaborado en Pavía, artículos 49-55, de un Código europeo de contratos. (*M. R. D. R.*)

GATT, L.: «L'ambito soggettivo di applicazione della normativa delle clausole vessatorie - nota a Giud. pace l'Aquila 3 novembre 1997 (ord)», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2341-2358. (*M. R. D. R.*)

GENTILI, A.: «Documento informatico e tutela dell'affidamento», *RDC*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 163-179.

Observaciones acerca de la adaptación de la normativa italiana, sobre documentos informáticos, y la directiva europea, sobre contratos a distancia, y la necesidad de armonizar los principios civilísticos con las nuevas tecnologías: formación y utilización de la documentación creada mediante la electrónica y la informática, forma del contrato, determinación del lugar y del tiempo de celebración, firmas, eficacia probatoria, y demás problemas derivados del comercio electrónico. (*M. R. D. R.*)

GRUNDMANN, S.: «Zur Dogmatik der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte», *AcP*, 1998, pp. 457-488.

Tras destacar la importancia de los negocios a título gratuito, y una breve referencia a distintos supuestos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, se analizan las cuestiones centrales que suscitan las atribuciones realizadas sin

contraprestación, sea de cosas o de servicios. En particular, el autor se ocupa de la responsabilidad del obligado, los requisitos formales del negocio constitutivo, causas de revocación y reglas de interpretación. (I. G. P.)

HOOD, P.: «Unjustified Enrichment in Scots Law: a Further Step Towards Rationalisation», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 559-563.

El autor destaca el enfoque metodológico adoptado por la *Court of Session* escocesa en el caso *Shilliday v. Smith* (1998), al respecto del principio de enriquecimiento injusto. Normalmente, los tribunales escoceses se ocupaban más de aspectos aislados del principio, sin ofrecer una construcción racional del mismo. Ésta es la tarea que ha llevado a cabo el citado tribunal. (A. R. G.)

HUYETTE: «Un crime commis par un mineur objet d'une mesure d'assistance éducative à l'occasion des visites et de l'hébergement chez sa mère», *SJ*, 1998, núm. 42, pp. II-10162, 1807-1811.

Responsabilidad civil de los padres por el delito de asesinato cometido por su hijo menor. Notas a la sentencia de la Corte de casación criminal de 25 de marzo de 1998. (I. S. P.)

IZZO, N.: «Ancora sulla limitazione del danno per ritardata restituzione dell'immobile locato - nota a Pret. Milano 14 maggio 1998», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2323-2326. (M. R. D. R.)

IZZO, N.: «Brevi note in tema di autonomia contrattuale in materia di locazione - nota a Cass. 15 aprile 1998 n. 3802, Pret. Roma 30 giugno 1998, 18 maggio 1998, 21 novembre 1997 e Pret. Latina 26 gennaio 1998», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2584-2588. (M. R. D. R.)

IZZO, N.: «Una prima "bonifica" delle esecuzioni di sfratto - nota a C. cost. 24 luglio 1998 n. 321», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2089-2092. (M. R. D. R.)

JAFFEY, P.: «The Law Commission Report on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 6, pp. 860-869.

La *Law Commission* británica ha presentado el informe *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* (1997). El artículo se refiere a las dificultades que plantea la distinción entre los llamados daños agravados (*aggravated damages*) y punitivos (*exemplary damages*), así como la justificación, prueba y procedencia de los daños compensatorios (*restitutionary damages*). El informe puede verse en «<http://www.open.gov.uk/lawcomm/library/lc247/contents.htm>» (fecha de consulta: 10 de marzo de 1999). (J. M. B. S.)

JAQUET, M.: «Ce que crois savoir sur le commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIV)», *GP*, 1999, núm. 15-16, pp. 2-6.

El autor se cuestiona si esa comisión tiene carácter de jurisdicción, ofrece garantías procesales y si sus decisiones se pueden asimilar al resultado de un proceso. Entiende, dando una respuesta, que se puede considerar una jurisdicción civil, con reglas propias y que garantiza un modo efectivo y completo de reparación. (R. A. R.)

JENKINS, S. H.: «Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles – A Comparative Assessment», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 6, pp. 2015-2030.

Estudio comparado del *Uniform Commercial Code* (1996) norteamericano, de la Convención de Viena, de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) y de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (1994) con respecto a los problemas que plantean la excesiva onerosidad de la prestación (*Hardship*) y la fuerza mayor. (J. M. B. S.)

KATZ, C.: «Le licenciement: des droits fondamentaux et de la protection du comédien», *GP*, 1999, núm. 24-26, pp. 19-21.

Notas a la Sentencia del Tribunal de París, sección 18, de 4 de junio de 1998, sobre daños por incumplimiento del contrato de trabajo con artistas (R. A. R.)

KEMP, D.: «Damages for Personal Injuries: a Sea Change», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 570-574.

Nota a la sentencia de la *House of Lords* del día 16 de julio de 1998, que revoca las decisiones de la *Court of Appeal* en los casos *Wells v. Wells*, *Thomas v. Brighton Health Authority* y *Page v. Sheerness Steel Co. Plc* (1997), relativas a los parámetros para el cálculo del lucro cesante en supuestos de daños personales. (J. M. B. S.)

KIENINGER, E. M.^a: «Informations - Aufklärungs - und Beratungspflichten beim Abschluß von Versicherungsverträgen», *AcP*, 1999, pp. 14-247.

La autora analiza el contenido y el alcance de los deberes de información y asesoramiento que incumben al asegurador o al corredor de seguros con base en la naturaleza del contrato de seguro y los principios generales. Se ocupa además de las consecuencias jurídicas que se derivan del defecto de información y, con detalle, de lo relativo a la carga de la prueba y las reglas aplicables. (I. G. P.)

KIZER, K. L.: «Minding the Gap: Determining Interest Rates Under the U.N. Convention for the International Sales of Goods», *U. Chi. L. Rev.*, 1998, vol. 65, núm. 4, pp. 1279-1306.

El artículo plantea el problema del cálculo de los intereses devengados por incumplimiento de obligaciones pecuniarias en el marco del artículo 78 de la Convención de Viena, de Naciones Unidas, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980). A la luz de los principios generales de dicha Convención, el autor propone un criterio para ser aplicado en defecto de pacto con el objeto de poner fin a las disputas surgidas en las transacciones comerciales internacionales. (J. M. B. S.)

KOCH, H.: «Haftung für Massenschäden- Recht, Abwicklungspraxis, rechtspolitischer Handlungsbedarf», *JZ*, 1998, pp. 801-808.

Responsabilidad por daños en masa. Derecho, práctica y necesidad de una acción de política jurídica.

El artículo se enmarca dentro del tema general que fue objeto del 62.º Encuentro de Juristas alemanes, en Bremen, en 1998, en el que se preguntaba, como cuestión general, si eran recomendables medidas legales sobre

la responsabilidad en los casos de daños en masa. Este artículo trata especialmente los aspectos del problema que en la práctica alemana no han logrado hasta ahora una respuesta satisfactoria: la cuantificación de los daños y la obtención de ventajas, la regulación práctica y el cada vez amplio déficit preventivo, así como los efectos fiscales. (M. P. G. R.)

LACHAUD, J.: «Héritage d'un bail rural», *GP*, 1998, núm. 340-342, pp. 7-8.

Principios que rigen la legislación rural. Textos e interpretación doctrinal a éstos. (R. A. R.)

LACHAUD, J.: «Le renouvellement des baux à long terme», *GP*, 1998, núm. 340-342, pp. 9-10.

Los arrendamientos de larga duración y los beneficios fiscales. (R. A. R.)

LAMBO, L.: «Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia: "revirement" o "rectification" della Cassazione?», *FI*, 1998, vol. 10, pp. 2875-2877.

Corriente minoritaria doctrinal y jurisprudencial que revisa en el artículo 2051 del Código civil una presunción de culpa del sujeto que tiene la custodia del bien. (Alma R. G.)

LAMBRINI, P.: «Contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli generalis*», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 443-449.

Comentario a la sentencia del *Tribunale di Treviso*, 24 dicembre 1997, sobre el contrato autónomo de garantía, con especial discusión sobre su naturaleza (causal o abstracta) y la *exceptio doli*, como instrumento de defensa. (M. R. D. R.)

LARROUMET, Ch.: «L'indemnisation de l'aléa thérapeutique», *RDS*, 1999, núm. 4, pp. 33-37.

Tras la definición de *alea* terapéutica dada por el Consejo de Estado, sugiere algunas reflexiones sobre esta definición y su relación con la utilización de medicamentos. Posteriormente trata de las indemnizaciones en este campo. (I. S. P.)

LEPAGE, C.: «Entre responsabilité morale et responsabilité juridique: Quelles responsabilités pour les technologies du vivant?», *GP*, 1999, núm. 22-23, pp. 21-22.

Breve reflexión sobre la responsabilidad en las nuevas tecnologías. (R. A. R.)

LETURMY, L.: «La responsabilité délictuelle du contractant», *RTDC*, 1998, núm. 4, pp. 839-872.

Introduce el trabajo delimitando los campos de la responsabilidad contractual y extracontractual, para pasar después, tras manifestar que rige en Francia el principio de *non-cumul* de responsabilidades, a analizar las falsas y las verdaderas excepciones a este principio. En la acumulación de ambas responsabilidades se produce una invasión de la contractual sobre la delictual debido a la dificultad de delimitación de las obligaciones que nacen del contrato y la introducción de obligaciones de seguridad. En la segunda parte recoge las tendencias jurisprudenciales y doctrinales y las previsiones

para un futuro en el que no se parta de una separación entre estas dos responsabilidades. (*I. S. P.*)

LUCCHINI, E.: «Azione revocatoria ordinaria», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 423-442.

Información doctrinal y jurisprudencial sobre diversos aspectos de la acción revocatoria: legitimación activa, hecho dañoso, fraude, efectos, tercero adquirente, revocación, responsabilidad extracontractual de terceros adquirentes, prescripción, etc. (*M. R. D. R.*)

MALINVAUD, Ph.: «L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière», *RDI*, 1998, vol. 3, pp. 321-332.

El régimen especial de la garantía por daños en la construcción de un inmueble, tanto en el contrato de empresa como en el de venta. (*I. S. P.*)

MALVILLE, M.: «Annulation d'un contrat pour cause illicite ou immorale», *SJ*, 1998, núm. 50, pp II-10202, 2163-2166.

Anulabilidad del contrato por causa ilícita o inmoral aunque una de las partes contratantes desconozca ese carácter de la causa. Nota a la sentencia de casación civil, sección primera, de 7 de octubre de 1998. (*I. S. P.*)

MANZINI, G.: «La cessione d'azienda: iscrizione nel registro delle imprese e successione nei contratti, cessione dei crediti e responsabilità per i debiti relativi all'azienda ceduta», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1267-1288.

Algunas reformas en el ordenamiento jurídico italiano respecto a la sucesión en los contratos y la transmisión de los créditos. (*Alma R. G.*)

MARTÍNEZ SANZ, F.: «Franchising in Spanien -über Scheinselbständigkeit, Registrierung und vorvertragliche Informationspflichten», *ZEuP*, 1999, pp. 91-106.

Tras exponer diversos problemas suscitados por el contrato de franquicia, el autor analiza los distintos aspectos que sobre el tema ha regulado el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista. (*I. G. P.*)

MARTINI, L.: «La violazione di norme deontologiche quale fonte di responsabilità professionale dell'avvocato», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 894-897.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de agosto de 1997 sobre la diligencia profesional y la deontología como parámetros de referencia del correcto desarrollo de la actividad forense. (*Alma R. G.*)

MASTROPAOLO, E. M.: «Coesistenza di obbligazioni derivanti da contratto e da gestione di affari altrui - nota a Cass. 26 settembre 1997 n. 9465 e 6 agosto 1997 n. 7278», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2912-2918. (*M. R. D. R.*)

MCINNES, M.: «At the Plaintiff's Expense: Quantifying Restitutionary Relief», *Cambridge L. J.*, 1998, vol. 57, pp. 472-480.

Este artículo plantea cómo se calcula en el Derecho británico el alcance del enriquecimiento injusto del demandado producido a costa del demandante

en los casos en que el empobrecimiento de este último sujeto no coincide con las ventajas adquiridas por aquél. (*J. M. B. S.*)

MCINNES, M.: «The Death of *Res Ipsa Loquitur* in Canada», *L.Q.R.*, 1998, vol. 114, pp. 547-550.

Notas sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá *Fontaine v. Loewen Estate* (1997), relativa a la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* en la prueba de la negligencia del causante de los daños. (*J. M. B. S.*)

MENGGONI, L.: «La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 993-998.

Notas sobre la evolución del sistema registral inmobiliario, tras la brecha registral abierta por el texto de la ley general sobre el registro inmobiliario, adjunto al *r.d. 28 marzo 1929, n. 400*, que permite la anotación de algunos contratos constitutivos de derechos personales de goce o de garantía, de derechos potestativos de disposición de bienes ajenos y del vínculo de indisponibilidad derivado de la constitución de un fondo patrimonial.

Referencias al Derecho alemán y austríaco en esta materia. Posibilidad de inscripción del contrato preliminar, en base al nuevo artículo 2645-bis CC, previsto en el artículo 3.8 del *d.l. 31 dicembre 1996, n. 669*, convertido en *l. 28 febbraio 1997, n. 30*, que ha modificado el artículo 12 de la ley registral. (*M. R. D. R.*)

MONACHON-DUCHÊNE: «Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion», *SJ*, 1998, núm. 44, pp. I-174, 1901-1904.

Estudio a propósito de la nueva ley francesa de 29 de julio de 1998. Reforma del procedimiento, papel del juez y el realojo. (*I. S. P.*)

MOSCA, S.: «Capacità negoziale delle persone cieche e rapporti tra legge 3.2.1975, núm. 18, e legge notarile», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 939-944.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 9 de diciembre de 1997 sobre la validez del otorgamiento de actos por personas privadas de la vista. (*Alma R. G.*)

MOTTA, P.: «Funzione notarile e responsabilità civile», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte segunda, pp. 418-435.

Artículo dedicado a la responsabilidad contractual y extracontractual del Notario. (*Alma R. G.*)

ORLANDO, G.: «Il contratto d'albergo. Profili problematici», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 621-624.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de julio de 1997 acerca del momento en que concluye el contrato de hospedaje, del deber de diligencia del mandatario y del *quatum* indemnizatorio. (*Alma R. G.*)

PAGLIANTINI, S.: «Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto? - nota a Cass. 8 novembre 1997 n. 11003», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2895-2910. (*M. R. D. R.*)

PICHLER, R.: «Kreditkartenzahlung im Internet», *NJW*, 1998, pp. 3234-3239.

Pago con tarjeta de crédito en Internet. (*M. P. G. R.*)

PIEDELIEVRE, S.: «Le cautionnement dans la loi relative à la lutte contre les exclusions», *SJ*, 1998, núm. 42, pp. 1-170, 1795-1800.

Las innovaciones de la Ley 98-657 de 29 de julio de 1998, continuadora de diversas reformas legislativas francesas en materia de garantías y protección del consumidor, mediante la que se mejora la información y se protege la fianza en caso de que el deudor pretenda excluir determinados bienes. (*I. S. P.*)

PINORI, A.: «Il principio generale della riparazione integrale dei danni», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1144-1169.

El principio de la reparación integral del daño en el ámbito de las diversas reglas de valoración del daño. La relevancia del principio en la casuística jurisprudencial. (*Alma R. G.*)

PODDIGHE, E.: «In tema di contratto di sponsorizzazione», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 628-641.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de octubre de 1997 que examina la figura del contrato de esponsorización. (*Alma R. G.*)

QUIGNARD, B.: «Sécurité ascenseur dans les immeubles d'habitation», *GP*, 1999, núm. 38-40, pp. 4-7.

Planteamiento de algunas de las cuestiones sobre los tipos de apartamentos, personas, seguridad y responsabilidad. (*R. A. R.*)

RAGNONI, G.L.: «Il risarcimento del danno biologico in caso di lesioni mortali», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 790-798.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 27 de mayo de 1997 que examina algunos aspectos del derecho del heredero al resarcimiento, por vía directa o hereditaria, debido a las lesiones sufridas por su cónyuge al fallecer por un acto dañoso. (*Alma R. G.*)

RAMPONE, F.: «Ipotesi di definizione e prospettive d'inquadramento del contratto di distribuzione cinematografica - nota a Cass. 21 maggio 1998 n. 5072», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3131-3139. (*M. R. D. R.*)

REBOUL-SALZE, D.: «Les assurances et l'euro», *GP*, 1999, núm. 34-35, pp. 65-69.

Reflexión sobre algunas cuestiones de orden jurídico: moneda de pago y la continuación de los contratos. Notas complementarias y cambio de hábitos en la práctica bancaria. (*R. A. R.*)

RENAULT-BRAHINSKY, C.: «Indivisibilité de contrats et notion d'ensemble contractuel», *SJ*, 1998, núm. 52, pp. II-10213, 2265-2269.

Grupo de contratos celebrados y ejecutados simultáneamente. Indivisibilidad. Notas a propósito de la sentencia de la Corte de apelación de *Aix-en-Provence* de 13 de febrero de 1998, sección octava. (*I. S. P.*)

RESCIGNO, P.: «Lo Schuldrecht del Codice civile tedesco: l'esperienza di un secolo», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 771-785.

Revisión del Derecho de obligaciones alemán, tras los cien años de vida del *BGB* y el medio siglo del *Codice civile* italiano.

Influencia de la doctrina alemana en la cultura jurídica italiana. (*M. R. D. R.*)

RICCIO, A.: «Le conseguenze civili dei contratti usurari: é soppressa la rescissione per lesione *ultra dimidium?*», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1027-1043.

Relación entre la rescisión por lesión y el delito de usura. La nueva normativa sobre usura. Los intereses usurarios. La generalización de la nulidad parcial de los contratos usurarios y el nuevo principio de conversión del contrato usurario en un contrato gratuito. (*Alma R. G.*)

RINALDI, F.: «Etichettatura e localizzazione del responsabile del prodotto», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 783-786.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 17 de septiembre de 1997 acerca de la disciplina de las etiquetas de los productos alimenticios. (*Alma R. G.*)

RUSCH, L. J.: «The Relevance of Evolving Domestic and International Law on Contracts in the Classroom: Assumptions about Assent», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 6, pp. 2043-2087.

La autora replantea el papel que cumple el Derecho de contratos en el comercio moderno. En la primera parte, el artículo ofrece información sobre el proceso de modificación del artículo 2 del *Uniform Commercial Code* norteamericano, que regula el contrato de compra y venta. En la segunda parte, se discute sobre el significado del consentimiento contractual, especialmente en el marco de las condiciones generales de la contratación. (*A. R. G.*)

RZEPECK, N.: «Nature de la responsabilité du transporteur en cas de vol de bagages à main», *SJ*, 1999, núm. 3, pp. II-10010, 145-150.

Problemas jurídicos sobre la calificación contractual o no de la responsabilidad del transportista en caso de robo de equipaje de mano. Defensa de su calificación como responsabilidad contractual. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección primera, de 3 de junio de 1998. (*I. S. P.*)

SALOMONI, A.: «Del carattere recettizio (o non) della procura», *RDC*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 249-286.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milan de 4 de julio de 1994, que fundamenta su decisión en la tesis que sostiene el carácter unilateral y no recepticio del poder de representación, en lo que respecta al representante. Revocación de la representación y estructura del acto recepticio: emisión y recepción. (*M. R. D. R.*)

SAPIO, G.: «Ignorantia legis e responsabilità precontrattuale - nota a Cass. 26 giugno 1998 n. 6337», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2774-2778. (*M. R. D. R.*)

SCALISI, V.: «La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB», *RDC*, 1998, núm. 5, parte primera, pp. 535-582.

Revisión del negocio jurídico en el sistema del *BGB* y en la doctrina italiana anterior al Código civil italiano de 1942. Reflexión sobre la evolución de la figura tras el centenario del *BGB*. (*M. R. D. R.*)

SCARANO, L. A.: «Garanzia per vizi nei contratti di vendita e di appalto», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte segunda, pp. 236-268.

Artículo dedicado a la naturaleza de la disciplina reguladora de la tutela por vicios tanto en la compraventa como en el arrendamiento. (*Alma R. G.*)

SCHERMI, A.: «Riflesioni critiche sul leasing finanziario - nota a Cass. 19 luglio 1997 n. 6663», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3238-3241. (*M. R. D. R.*)

SCHMIDT-KESSEL, M.: «Zahlungsverzug im Handelsverkehr - ein neuer Richtlinienentwurf», *JZ*, 1998, pp. 1135-1145.

La morosidad en el pago en el tráfico mercantil. Una nueva Propuesta de Directiva.

El artículo explica y valora la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la morosidad en el pago en el tráfico mercantil, con la que por vez primera la Comunidad, sin la cobertura de la protección del consumidor, penetra en un campo central del Derecho de obligaciones. (*M. P. G. R.*)

SCIBETTA, V.: «La tutela aquiliana del possesso», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1170-1202.

Diversas cuestiones en torno al resarcimiento del daño por lesión de la posesión. (*Alma R. G.*)

SERIO, M.: «Trust, contract and consideration», *RDC*, 1998, núm. 5, parte segunda, pp. 509-521.

Observaciones acerca del tratamiento teórico y jurisprudencial de la figura del *trust*, en relación al Derecho contractual, con especial referencia a la función, objeto y efectos del *trust* para terceros beneficiarios. (*M. R. D. R.*)

SINAY-CYTERMANN: «La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions», *SJ*, 1990, núm. 4, pp. I-106, 195-200.

Innovaciones de la nueva ley en materia de protección de los consumidores. Noción del «resto para vivir», moratoria y deudas. (*I. S. P.*)

SMORTO, G.: «Risarcimento del danno per perdita di futuri contributi a causa della morte del congiunto», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 665-670.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de noviembre de 1997 en relación al resarcimiento del daño patrimonial futuro. (*Alma R. G.*)

SYMPOSIUM: «Teaching Sales Law In a Global Context: The Reciprocal Influence of Domestic Sales Law (Article 2) On Private International Law (CISG & UNIDROIT) and Private International Law On Revised Article 2», *Tul. L. Rev.*, 1998, vol. 72, núm. 6.

La *Tulane Law Review* dedicó este número a un simposio sobre Derecho de contratos internacionales. En sus sesiones se estudiaron las influencias recí-

procas entre la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980), los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (1994) y el artículo 2 –sobre compra y venta– del *Uniform Commercial Code* norteamericano. (A. R. G.)

TEFF, H.: «Liability for Psychiatric Illness: Advancing Cautiously», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 6, pp. 849-859.

La *Law Commission* británica ha emitido un informe sobre responsabilidad por «daño psiquiátrico» (1998). Según el informe, este daño debe indemnizarse si existe un vínculo afectivo entre el perjudicado y la víctima directa. Por el contrario, deben suprimirse otros requisitos que conducen a resultados arbitrarios. El informe puede verse en «<http://www.open.gov.uk/law-comm/library/lib-com.htm#liblc249>» (fecha de consulta: 10 de marzo de 1999). (A. R. G.)

TELLIER-LONIEWSKI, L.: «La protection juridique des inventions biotechnologiques après la adoption de la directive européenne», *GP*, 1999, núm. 20-21, pp. 4-8.

Estudio del contexto jurídico, principios y su aplicación a las invenciones biotecnológicas. Posteriormente, el autor analiza las aportaciones de la directiva europea en la materia. (R. A. R.)

THIRY, G.: «Libres propos sur les conventions de règlement de sinistres», *GP*, 1999, núm. 8-9, pp. 4 ss.

La evolución del seguro del automóvil desde los años cincuenta. La convención francesa de reglamento de siniestros como modelo para la Unión Europea. (R. A. R.)

TREITEL, G. H.: «Damages in Respect of a Third Party's Loss», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 527-534.

En el Derecho británico, existe un principio general conforme al cual el demandante sólo puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios que él mismo experimente, y no por los que sufra otra persona. Los tribunales han ido reconociendo excepciones a dicho principio, como es el caso de *McAlpine v. Panatown* (1998), sentencia que estudia Treitel en este artículo. (A. R. G.)

VALLE, L.: «La categoria dell'inefficacia del contratto», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1203-1252.

Diversas cuestiones sobre la ineficacia del contrato: origen del concepto de ineficacia en sentido estricto, ineficacia originaria y sucesiva, ineficacia relativa e inoponibilidad, ineficacia parcial... (Alma R. G.)

VALSON, J.-P.: «L'inachèvement de l'ouvrage et la mise en oeuvre des garanties financières», *RDI*, 1998, vol. 3, pp. 335-339.

En el campo de las garantías de finalización de obra, contempla los distintos tipos de contratos y en ellos las garantías obligatorias y convencionales, así como la entrada de estas garantías. (I. S. P.)

VIDIRI, G.: «È consentita la compensazione tra debito di conferimento del socio e credito verso la società? - nota a Cass. 24 aprile 1998 n. 4236», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2821-2830. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Mandato collettivo con rappresentanza ed associazione temporanea di imprese - nota a Cass. 11 maggio 1998 n. 4728», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2541-2545. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Sul termine prescrizione dell'azione *ex art.* 2394 c.c. e sulla responsabilità degli amministratori (o dei sindaci) per danni all'integrità del patrimonio sociale - nota a Cass. 28 maggio 1998 n. 5287», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3119-3122. (*M.R.D.R.*)

VINEY: «Responsabilité civile», *SJ*, 1998, núm. 50, pp. I-185, 2155-2162.

El Derecho de daños según la más reciente jurisprudencia francesa. (*I. S. P.*)

VISALLI, N.: «Contratto per persona da nominare e preliminare», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 361-403.

Análisis del ámbito de aplicación del contrato por persona a designar tras los tratos preliminares: reconstrucción sistemática del esquema y naturaleza jurídica de este tipo negocial, y efectos según la configuración del contrato.

Referencia particular al problema de la doble venta. (*M. R. D. R.*)

VISENTINI, G.: «Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1133-1144.

Principio general de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad y sus excepciones. El principio del riesgo de la empresa en el ámbito de la responsabilidad objetiva. (*Alma R. G.*)

VOLANTI, A.: «I rapporti tra l'accertamento del passivo e gli atti pregiudizievoli ai creditori: revocatoria fallimentare dell'ipoteca su mutuo fondiario opponibile al fallimento - nota a Cass. 19 novembre 1997 n. 11495», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3203-3206. (*M. R. D. R.*)

ZANELLI, P.: «La nullità "inequivoca"», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1253-1266.

Nueva orientación del Tribunal Supremo italiano en materia de actos inválidos en relación con la responsabilidad del Notario. (*Alma R. G.*)

ZUCCONI, E.: «Note sulla legittimazione a compromettere», *RTDPC*, 1998, núm. 4, pp. 1127-1201.

Estudio del poder jurídico y la capacidad necesaria para estipular un pacto compromisorio de sometimiento a procedimiento arbitral. (*M. R. D. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ALBERTINI, L.: «La fotografia "semplice" eseguita su commissione - nota a Cass. 6 maggio 1998 n. 4557», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2555-2559. (*M. R. D. R.*)

ALBERTINI, L.: «Sul negozio di cessione di fotografia in diritto d'autore - nota a Cass. 27 aprile 1998 n. 2473», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2567-2575. (*M. R. D. R.*)

ALBERTINI, L.: «Sull'esaurimento internazionale del marchio - nota a C. Giust. CE 16 luglio 1998 causa C-355/96», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2686-2695. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G.: «*Cyber law*. Problemi giuridici connessi allo sviluppo di *Internet*», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte segunda, pp. 385-388.

Artículo dedicado a las modificaciones sufridas por el ordenamiento a consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías. (*Alma R. G.*)

ANNUNZIATA, M.: «Costruzioni abusive, norme sulle distanze legali e difetto di giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di danni contro il comune che non ha eseguito l'ordine di abbattimento - osservazione a Cass., sez.un., 22 maggio 1998 n. 5143», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3126-3130. (*M. R. D. R.*)

AULETTA, T.: «Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore del coniuge proprietario del suolo - nota a Cass. 22 aprile 1998 n. 4076», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2832-2842. (*M. R. D. R.*)

BARZELLONI, P.: «Brevi cenni sul plagio nel diritto di autore», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4, pp. 464-475.

Reconstrucción teórica del delito de plagio ante la ausencia en la actual legislación del derecho de autor de una disposición que aclare el concepto de plagio. (*Alma R. G.*)

CHESSA, Cc.: «Il termine di efficacia della trascrizione del preliminare», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 999-1004.

Notas sobre el nuevo artículo 2645-bis CC, introducido por el artículo 3 de la *l. 28 febbraio 1997, n. 30*, que fija un término a la eficacia derivada de la anotación registral del contrato preliminar. (*M. R. D. R.*)

CORRIAS, P. E.: «La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipanti», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 1005-1031.

Reflexión acerca de la modificación introducida, por la posibilidad de inscripción registral del contrato preliminar, en el régimen jurídico de la posición del adquirente respecto al bien y los efectos anticipados del contrato. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «L'acquisto dei titoli è atto di esecuzione nei contratti "dont"? - nota a Cass. 20 marzo 1998 n. 2927», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2614-2616. (*M. R. D. R.*)

CURTI, G.: «Acquisti per usucapione nell'ambito della famiglia e pretesa titolarità del bene, iure proprio, da parte del coniuge superstite», *DFP*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 1440-1451.

Comentario a la sentencia del tribunal de apelación de *Cagliari* de 28 de mayo de 1996 sobre inadmisión de la usucapión por parte de una familia de determinado bien inmueble. (*Alma R. G.*)

DI CIOMMO, F.: «La multiproprietà azionaria», *FI*, 1998, vol. 7-8, pp. 2255-2262.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 10 de mayo de 1997 sobre este nuevo modelo de multipropiedad. (*Alma R. G.*)

DI FABIO, P.: «Il contratto di agenzia pubblicitaria nella evoluzione dell'attività di comunicazione», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4, pp. 476-493.

Artículo dedicado a las formas contractuales de agencia publicitaria y a los usos publicitarios, en especial, la evolución experimentada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en los últimos años. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, F.: «Frode alla legge nei contratti», *GC*, 1998, núm. 12, pp. II, 573-596.

Análisis doctrinal y jurisprudencial del fraude de ley, a través de contratos que tratan de eludir una norma imperativa, con especial referencia a los contratos de enajenación en garantía, contratos agrarios, etc., y el fraude a terceros: acreedores, fisco. (*M. R. D. R.*)

FRAGOLA, A.: «Sui (non facili) rapporti tra *Internet* e diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4, pp. 405-412.

Análisis profundo sobre la conveniencia de reglamentar jurídicamente el fenómeno de *Internet*. (*Alma R. G.*)

GALLOUX, J.: «Premières vues sur la directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques», *SJ*, 1998, núm. 43, pp. I-172, 1847-1850.

Estudio breve sobre el contenido de la directiva europea en la que se busca proteger jurídicamente la propiedad industrial. Derechos conferidos y límites a su extensión. (*I. S. P.*)

GARDIN/DANJAUME: «Le maintien de l'exploitation agricole, finalité de l'attribution préférentielle», *GP*, 1998, núm. 340-342, pp. 13-27.

Estudio a propósito del artículo 832 del Código civil francés. Evolución de la atribución preferencial desde 1939 y las modificaciones legislativas. Disociación entre propiedad y explotación agrícola. (*R. A. R.*)

GUGLIELMELLO, C.: «Ancora sulla cosiddetta accessione invertita a favore della pubblica amministrazione. In particolare: accessione invertita di fondo in enfiteusi e tutela dei diritti reali parziari - nota a Cass. 28 aprile 1998 n. 4320», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2814-2818. (*M. R. D. R.*)

HASS, M.: «L'usurpation d'une denomination sociale et la règle de nommage dite du "premier arrivé, premier servi"», *GP*, 1999, núm. 20-21, pp. 25-26.

Sobre la usurpación de la denominación social y la decisión del Tribunal de Gran instancia de Versalles en su sentencia de 14 de abril de 1998 sobre un caso similar. (*R. A. R.*)

HEß, B.: «Dienstbarkeit und Reallast im System dinglicher Nutzungs - Verwertungsrechte», *AcP*, 1998, pp. 489-515.

Aunque el *BGB* parte de una, en principio, rígida contraposición entre derechos reales y relaciones obligatorias, cuyos caracteres esenciales el autor ana-

liza, la configuración de las situaciones jurídico-reales, tratándose de derechos reales de goce en cosa ajena, ofrece cierto margen a la autonomía de la voluntad en la configuración de las relaciones obligatorias que surgen entre el dueño del predio gravado y el titular del derecho real limitado. El autor examina tales relaciones, el ámbito de la autonomía privada y los efectos frente a terceros en los supuestos de servidumbre y carga real. (*I. G. P.*)

HIRSCH/MORTREUX: «Les inventions biotechnologiques: La voie étroite de la brevetabilité», *GP*, 1999, núm. 22-23, pp. 2-6.

Comparación de las condiciones de derecho de marca de invención biotecnológica en Europa y en Estados Unidos. (*R. A. R.*)

LONGHINI, S.: «Diritto di autore e *format* televisivi. Prospettive e attualità», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4 pp. 423-429.

Estudio de la aplicación de la tutela prevista en la ley del derecho de autor a los esquemas de transmisión televisiva como una de las propuestas de más viva actualidad. (*Alma R. G.*)

LUISSO, F. P.: «La "perdita di possesso" dell'autoveicolo», *GC*, 1998, núm. 11, pp. II, 565-572.

Breves consideraciones referentes a la acción declarativa de dominio y la presunción de propiedad, derivada de la inscripción en un registro público, cuando se produce la pérdida de la posesión de automóviles. (*M. R. D. R.*)

MAIMERI, F.: «Pegno rotativo: la dottrina ispira la Cassazione. Prime osservazioni - nota a Cass. 28 maggio 1998 n. 5264», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2162-2165. (*M. R. D. R.*)

MARTIN, J. P.: «Les cessions et licences de brevet d'invention sont-elles opposables aux tiers avant leur publication?», *GP*, 1998, núm. 343-344, pp. 2-4.

Breve análisis del problema que la ley o la jurisprudencia crea en torno a las sanciones por contravención de las marcas. (*R. A. R.*)

MARZANO, P.: «Diritto d'autore ed *antitrust* tra mercati concorrenziali e *network economies*», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4, pp. 430-463.

Análisis de las relaciones entre el derecho de autor y la normativa *antitrust* tanto en los modelos tradicionales de mercados concurrenciales como en el actual modelo *network economy*. (*Alma R. G.*)

MENGGONI, L.: «La pubblicità del contratto preliminare e dei contratti condizionati nei libri fondiari», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 993-998.

Notas sobre la evolución del sistema registral inmobiliario, tras la brecha registral abierta por el texto de la ley general sobre el registro inmobiliario, adjunto al *r.d. 28 marzo 1929, n. 400*, que permite la anotación de algunos contratos constitutivos de derechos personales de goce o de garantía, de derechos potestativos de disposición de bienes ajenos y del vínculo de indisponibilidad derivado de la constitución de un fondo patrimonial.

Referencias al Derecho alemán y austríaco en esta materia. Posibilidad de inscripción del contrato preliminar, en base al nuevo artículo 2645-bis CC, previsto en el artículo 3.8 del *d.l. 31 dicembre 1996, n. 669*, convertido en *l.*

28 febbraio 1997, n. 30, que ha modificado el artículo 12 de la ley registral. (M. R. D. R.)

MENOZZI, L.: «La durata della protezione delle opere cinematografiche», *Dir. Aut.*, 1998, vol. 4, pp. 413-422.

Recientes modificaciones de la ley del derecho de autor en relación con el establecimiento para las obras cinematográficas de un término de duración de los derechos de explotación económica diferente al general previsto para el resto de las obras del ingenio. (Alma R. G.)

MUSTI, B.: «Il contratto di “licenza d’uso” del software», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1289-1303.

Artículo dedicado a la tutela normativa del *software* como obra del ingenio. (Alma R. G.)

PÉRINET-MARQUET, H.: «La transposition de la directive sur l’utilisation à temps partiel de biens immobiliers», *RDI*, 1998, vol. 4, pp. 591-599.

Estudio sobre la normativa francesa que desarrolla la directiva europea de lo que se venía llamando multipropiedad, que pasa a denominarse ahora utilización a tiempo parcial (en España derecho de aprovechamiento por turnos). Estudia la protección del adquirente, su contenido y las sanciones instauradas. (I. S. P.)

RAMPONE, F.: «Ipotesi di definizione e prospettive d’inquadramento del contratto di distribuzione cinematografica - nota a Cass. 21 maggio 1998 n. 5072», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3131-3139. (M. R. D. R.)

RATTI, G.: «Le Sezioni unite “restaurano” il procedimento possessorio - nota a Cass. 24 febbraio 1998 n. 3270», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2223-2232. (M. R. D. R.)

RENGA, D.: «Apparenza del diritto ed oneri condominiali - nota a Cass. 8 luglio 1998 n. 6653», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2764-2765. (M. R. D. R.)

RICHTER, G. S.: «Forma e sostanza della notifica della proposta di alienazione nella prelazione agraria», *GC*, 1998, núm. 9, pp. II, 409-413.

Notas sobre la forma, naturaleza jurídica y revocación de la notificación al cultivador directo de un fundo, de la propuesta de enajenación a un tercero, en relación a los derechos de adquisición preferente. (M. R. D. R.)

RIVOLTA, G. C.: «Azioni e quote sociali: pegno di usufrutto, pegno di nuda proprietà e diritto di voto», *RDC*, 1998, núm. 5, parte primera, pp. 583-600.

Análisis doctrinal y jurisprudencial de la prenda del derecho de usufructo y nuda propiedad de acciones y cuotas de sociedad de responsabilidad limitada: forma y efectos, en relación al derecho de voto y otros derechos no patrimoniales. (M. R. D. R.)

SAMMARCO, P.: «L’opera dell’ingegno su Internet», *GC*, 1998, núm. 9, pp. II, 415-425.

Observaciones acerca del derecho de autor y sus formas de tutela, a propósito de la nueva tecnología introducida por *Internet*. (M. R. D. R.)

SCHACK, H.: «Neue Techniken und Geistiges Eigentum», *JZ*, 1998, pp. 753-763.

La utilización de *Internet* como medio de comunicación de masas es cada vez más frecuente y cada vez se amplía más el uso de informaciones y prestaciones de bienes jurídicos inmateriales de todo tipo. Ello viene acompañado de un incremento de las lesiones en los derechos del autor, en los derechos de marcas y en los derechos de la personalidad en *Internet*, campos en los que tiene gran peso la normativa internacional. Este artículo describe las nuevas técnicas, los presupuestos y límites de su utilización, así como la responsabilidad civiles en los ámbitos nacionales e internacionales. (M. P. G. R.)

SEBASTIO, F.: «L'uso del marchio geografico in relazione con la libertà di concorrenza - nota a Trib. Roma 14 ottobre 1997», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3273-3277. (M. R. D. R.)

SEBASTIO, F.: «Utilizzo di un marchio registrato per finalità commerciali e concorrenziali - nota a Cass. 10 giugno 1998 n. 6038», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2784-2788. (M. R. D. R.)

SEELIG, G.: «Les conditions de la cession des droits d'auteur dans la publicité», *GP*, 1998, núm. 329-330, pp. 11-12.

El creador que emplea colaboradores independientes es titular de los derechos de autor y comprende los derechos de explotación. Habitualmente el creador transfiere los derechos de explotación a la agencia de publicidad, la cual los transmite a sus clientes. (R. A. R.)

SIMITIS, S.: «Datenschutz- Rückschritt oder Neubeginn?», *NJW*, 1998, pp. 2473-2479.

Protección de datos. ¿Retrosceso o nuevo comienzo? (M. P. G. R.)

SPENCE, M.: «Intellectual Property and the Problem of Parody», *L. Q. R.*, 1998, vol. 114, pp. 594-620.

Estudio sobre los problemas que plantea la parodia desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Según el autor, el tratamiento jurídico especial de la parodia encuentra su justificación en la protección del derecho a la libertad de expresión. (A. R. G.)

TRAVERSA, E.: «Sulla responsabilità dell'assemblea dei condomini per danni da infiltrazione causati da lavori eseguiti da uno solo dei condomini all'interno del proprio appartamento e ruolo dell'amministratore», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 479-481.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 9 de octubre de 1996 sobre responsabilidad por daños de la comunidad de propietarios y del administrador del inmueble por no haber impedido la ejecución de trabajos de reestructuración en el interior de uno de los apartamentos. (Alma R. G.)

TROLLER, K.: «Les conditions de l'acquisition et la cession des droits d'auteur dans la publicité en droit suisse», *GP*, 1998, núm. 329-330, pp. 6-8.

La obra publicitaria: naturaleza jurídica y su protección. Los derechos a la obra publicitaria y los principios que ordenan la transmisión de la obra. Los contratos publicitarios. (R. A. R.)

VOLANTI, A.: «I rapporti tra l'accertamento del passivo e gli atti pregiudizievoli ai creditori: revocatoria fallimentare dell'ipoteca su mutuo fondiario opponibile al fallimento - nota a Cass. 19 novembre 1997 n. 11495», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3203-3206. (*M. R. D. R.*)

WEBER, R.: «Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen gemäß §§ 929 ff. *BGB*», *JuS*, 1998, pp. 577-582.

La adquisición negocial de la propiedad de las cosas muebles según §§ 929 ss. *BGB*.

El problema de la adquisición negocial de la propiedad de las cosas muebles según los §§ 929-932 del *BGB* emerge siempre entre los juristas y se responde frecuentemente de manera superficial o incluso falsamente. Esto es tanto más importante cuanto el tema pone en cuestión los fundamentos elementales de las normas relativas a los derechos reales. En este artículo se pretende dar una panorámica de esta problemática. (*M. P. G. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

ARCERI, A.: «Lo scioglimento della comunione legale e la separazione coniugale», *DFP*, 1998, vol. 3, parte segunda, pp. 1170-1184.

Artículo jurisprudencial sobre los efectos de la ruptura del régimen de comunión legal. (*Alma R. G.*)

AULETTA, T.: «Accessione e comunione legale: ancora una pronuncia della Suprema Corte a favore del coniuge proprietario del suolo - nota a Cass. 22 aprile 1998 n. 4076», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2832-2842. (*M. R. D. R.*)

BEATER, A.: «Der Schutz von Eigentum und Gewerbebetrieb vor Fotografien», *JZ*, 1998, pp. 1101-1109.

La protección de la propiedad y la empresa ante las fotografías. (*M. P. G. R.*)

BEHNKE, TH.: «Das neue Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz», *NJW*, 1998, pp. 3078-3085.

La nueva ley sobre limitación de la responsabilidad de los menores de edad. No cabe duda de la importancia de la reforma del Derecho de familia operada en Alemania en 1998. En este marco, la ley de limitación de la responsabilidad de los menores, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, mejora la protección de los mismos. El contenido y problemas que plantean las nuevas reglas, que tienen como punto central el nuevo § 1629 a) del *BGB*, y que afectan a temas como la representación, la custodia de los hijos, el Derecho mercantil, el Derecho de sociedades o el Derecho sucesorio, son abordados en el presente artículo. (*M. P. G. R.*)

BOSCH, F. W.: «Neuordnung oder nur Teilreform des Eheschließungsrechts?», *NJW*, 1998, pp. 2004-2012.

¿Nueva ordenación o reforma parcial del derecho de divorcio?

El 1 de julio de 1998 entró en vigor la ley sobre la nueva regulación del divorcio de 4 de mayo de 1998. El autor de este artículo da una panorámi-

ca de las nuevas normas de esta ley de reforma del Derecho de familia alemán. (*M. P. G. R.*)

CARBONNIER, J.: «Le droit de la famille, état d'urgence», *SJ*, 1998, núm. 50, pp. I-184, 2151-2154.

Extracto de su obra *Flexible Droit*, en la que el autor discute la urgencia o no de la reforma del Derecho de familia, centrándose en dos de sus instituciones: sucesión y patria potestad. (*I. S. P.*)

CARPI, F.: «La tutela dei beni dei minori: tendenze ed evoluzioni della Corte costituzionale italiana», *RTDPC*, 1998, núm. 3, pp. 1037-1043.

Notas jurisprudenciales acerca de la tutela jurisdiccional de los menores y Derecho de familia, a través de la revisión de cinco sentencias de la Corte Constitucional. (*M. R. D. R.*)

CHIRICO, A.: «La dispensa *super rato*: La Corte d'appello di Torino individua un nuovo percorso normativo», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 926-941.

Comentario a la sentencia de apelación de Turín de 9 de julio de 1996 sobre el reconocimiento civil de la sentencia canónica de nulidad del matrimonio no consumado. (*Alma R. G.*)

CONTE, M.: «Sull'opponibilità ai terzi della riconciliazione di coniugi ritualmente separati», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 1047-1056.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Bolonia de 28 de enero de 1998 acerca de los problemas derivados de la reconciliación entre cónyuges y de la consiguiente oponibilidad de dicha situación a terceros. (*Alma R. G.*)

CONTE, M.: «Assegnazione della casa coniugale ed assenza di figli conviventi: un binomio inconciliabile», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 1091-1096.

Comentario a la ordenanza de la *Pretura de Catania* de 20 de marzo de 1998 sobre presupuestos y condiciones de la atribución de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

DE ROBERTIS, M.: «Assegno di divorzio ed adeguatezza dei mezzi economici tra tenore di vita in costanza di matrimonio e modello di vita autonoma e dignitosa», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 891-899.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de noviembre de 1997 sobre la relación existente entre la pensión de divorcio y el principio de solidaridad postconyugal. (*Alma R. G.*)

DEECH, R.: «Family Law and Genetics», *Mod. L. Rev.*, 1998, vol. 61, núm. 5, pp. 697-715.

La autora reflexiona sobre el modo en que los avances científicos en genética influyen sobre diversos aspectos del Derecho de familia tradicional. En particular estudia la posibilidad de seleccionar el sexo del hijo y los problemas jurídicos vinculados a la clonación, entre otros. (*A. R. G.*)

DI BERARDINO, R.: «Figlio maggiorenne con proprio nucleo domestico e revoca dell'assegnazione della casa familiare», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 877-891.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 17 de julio de 1997 sobre los requisitos necesarios para la atribución de la vivienda familiar y los derechos del hijo mayor en las crisis familiares. (*Alma R. G.*)

DI NARDO, M.: «Casa familiare, comodato ed opponibilità a terzi del provvedimento di assegnazione», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 597-605.

Comentario a dos sentencias del Tribunal Supremo italiano que afrontan la cuestión de la oponibilidad a terceros del procedimiento de atribución de la vivienda familiar en aquel caso en que el goce de la vivienda sea a título de comodato, especificando los límites y las consecuencias de tal oponibilidad. (*Alma R. G.*)

DI NARDO, M.: «L'assegnazione della "casa familiare": evoluzione legislativa e attuali orientamenti giurisprudenziali», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte segunda, pp. 332-366.

Análisis pormenorizado sobre el destino de la vivienda familiar, en especial su evolución en la legislación y jurisprudencia de los últimos diez años. (*Alma R. G.*)

DIREKTOR DES AG ALBRECHT WEBER: «Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kindes», *NJW*, 1998, pp. 1992-2004.

La ley para la modificación del derecho de alimentos de los hijos menores de edad.

Junto con la ley de reforma de las instituciones de protección de 4 de diciembre de 1997, y la ley de reforma del Derecho de la filiación de 16 de diciembre de 1997, la ley de alimentos de los hijos de 6 de abril de 1998 significa una nueva orientación fundamental en el Derecho material de alimentos de los hijos, así como en el Derecho procesal. La sistemática del nuevo derecho de alimentos se puede desarrollar con una visión de conjunto de las nuevas reglas. (*M. P. G. R.*)

FERRANDO, G.: «Crisi della famiglia di fatto, tutela dei figli naturali, assegnazione della casa familiare», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte primera, pp. 683-691.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 13 de mayo de 1998 sobre el conflicto que se plantea entre los convivientes con ocasión de la crisis de la familia de hecho. (*Alma R. G.*)

FIGONE, A./DOGLIOTTI, M.: «Disconoscimento di paternità ed interesse del minore», *DFP*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 1451-1463.

Comentario a la sentencia del tribunal de apelación de Milán de 18 de marzo de 1997 sobre la estimación de la demanda de desconocimiento de la paternidad legítima promovida por el curador especial del menor. (*Alma R. G.*)

GARRISON, M.: «Autonomy or Community? An Evaluation of Two Models of Parental Obligation», *Cal. L. Rev.*, 1998, vol. 86, núm. 1, pp. 41-117.

Estudio sobre la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos. Garrison critica el enfoque de ciertas decisiones gubernamentales en la materia y propone que se acoga un modelo de obligación de alimentos basado en la existencia de un vínculo familiar, y no en los costes sociales que genera su incumplimiento. (*A.R.G.*)

GIVRI, P.: «Separazione consensuale: ricevimento di dichiarazioni negoziali ed ambito della giurisdizione», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 992-1005.

Comentario al decreto del Tribunal de Nápoles de 16 de abril de 1997 sobre transmisiones mobiliarias e inmobiliarias de los cónyuges en sede de separación y divorcio. (*Alma R. G.*)

GRENDENE, I.: «Diritto di visita e consenso del minore», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 899-904.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 15 de enero de 1998 sobre diversas cuestiones relacionadas con el derecho de visita. (*Alma R. G.*)

GRÖPL, Ch.: «Aktuelle Entwicklungen im öffentlichen Unterhaltsleistungsrecht», *NJW*, 1998, pp. 2390-2395.

Actuales desarrollos del derecho de prestaciones alimenticias de naturaleza pública. (*M. P. G. R.*)

GUERY, Ch.: «La prescription des infractions contre les mineurs: un vouvel état des lieux», *RDS*, 1999, núm. 4, pp. 38-42.

Estudia las innovaciones que supone en este campo la Ley de 17 de junio de 1998 y la aplicación en el tiempo de los nuevos regímenes de prescripción. (*I. S. P.*)

HUX, N.: «Délai pour agir en recherche de paternité», *SJ*, 1999, núm. 5, pp. II-10020, 269-274.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 19 de mayo de 1998 sobre reconocimiento de filiación natural. (*I. S. P.*)

LEROYER, A.-M.: «L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale», *RTDC*, 1998, núm. 3, pp. 587-606.

Estudia la insuficiencia de la autoridad parental cuando el niño ha sido confiado a terceros, ya sea definitiva o provisionalmente. Cómo se consagra una autoridad familiar, quiénes son sus titulares y cuál es su contenido, tanto sobre la persona del niño como sobre sus bienes. (*I. S. P.*)

LEVI, B.: «L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte segunda, pp. 323-331.

Estudio de diversas cuestiones relacionadas con la obligación del mantenimiento del hijo mayor de edad (fundamento, contenido, límites, separación y divorcio, atribución de la vivienda familiar...). (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Brevi osservazioni sulla pretesa necessità dell'audizione del minore nella procedura di adottabilità», *DFP*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 1382-1395.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de julio de 1997 sobre el carácter facultativo u obligatorio de la audición del menor en el procedimiento de adopción. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Osservazioni sulla pretesa necessità dell'audizione del minore nella procedura di adottabilità - nota a Cass. 23 luglio 1997 n. 6899», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2296-2306. (*M. R. D. R.*)

MENEGAZZI MUNARI, F.: «La disciplina dei rapporti giuridici genitori-figli alla luce delle nuove norme di conflitto italiane», *DFP*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 1220-1239.

Artículo referente a la reforma del derecho de familia y a la relación progenitor-hijo en el nuevo derecho internacional privado. (*Alma R. G.*)

MORELLI, M. R.: «Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la "interpretativa di inammissibilità". (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa) - nota a C. cost. 26 settembre 1998 n. 347», *GC*, 1998, núm. 10, pp. 2410-2416. (*M. R. D. R.*)

PATTI, S.: «Sulla modificabilità del regime patrimoniale dei coniugi. Parere *pro veritate*», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte segunda, pp. 219-224.

Artículo que trata de analizar la cuestión de si el cambio del régimen italiano de separación de bienes al régimen belga de separación de bienes, en virtud de acuerdos estipulados por los cónyuges, comporta modificaciones de las relaciones relativas a la propiedad. (*Alma R. G.*)

PAWLOWSKI, H. M.: «Abschied von der "bürgerlichen Ehe"?", *JZ*, 1998, pp. 1032-1039.

¿La despedida del matrimonio?

En este trabajo se trata de la relación entre el matrimonio y el Derecho. Se avanza ante todo en la cuestión de si las transformaciones en la relación entre el Derecho y la Moral, que producen el tránsito del estado confesional tolerante al Estado pluralista o bien al Estado de la libertad de creencias, no están estimulando una nueva concepción del Derecho matrimonial en la cual la diferencia entre matrimonio y pareja de hecho deviene obsoleta. (*M. P. G. R.*)

RUSSO, E.: «Concetti vecchi ed istituti nuovi a proposito della comunione legale», *RDC*, 1998, núm. 4, parte primera, pp. 423-447.

Revisión de la figura de la comunidad legal en el régimen económico-matrimonial: problemas conceptuales, transmisión de derechos, adquisiciones originarias y derivativas, efectos de los actos individuales de los cónyuges, etc. (*M. R. D. R.*)

SANTORO, R.: «Condizioni della separazione ed educazione religiosa della prole», *DFP*, 1998, núm. 3, parte primera, pp. 979-985.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Prato* de 25 de octubre de 1996 sobre la obligación de uno de los cónyuges de abstenerse de adoctrinar a sus hijos en el credo de su religión. (*Alma R. G.*)

SAUVAGE, F.: «Le legs de bien commun en l'absence de partage de communauté», *SJ*, 1998, núm. 51, pp. II-208, 2218-2222.

Ejecución de un legado consentido, sin partición de la comunidad conyugal. Notas a propósito de la sentencia del Tribunal de Gran instancia de París de 7 de mayo de 1997. (I. S. P.)

THOMAS, R.: «Litisconsorzio necessario passivo degli eredi nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità ovvero improponibilità assoluta della predetta? - nota a Cass. 12 settembre 1998 n. 9033», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2925-2934. (M. R. D. R.)

WU, L.: «Family Planning Through Human Cloning: Is There a Fundamental Right?», *Colum. L. Rev.*, 1998, vol. 98, núm. 6, pp. 1461-1515.

El autor defiende la existencia de un derecho fundamental de las parejas casadas a utilizar las técnicas de clonación para procrear. Este derecho encontraría protección en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y no le son oponibles reparos de carácter ético. (A. R. G.)

DERECHO DE SUCESIONES

FUCCILLO, G.: «Successioni anomale legali, indennità in caso di morte e diritto di famiglia», *DFP*, 1998, vol. 4, parte segunda, pp. 1602-1614.

Artículo dedicado a la naturaleza jurídica de la indemnización por ancianidad. (Alma R. G.)

ZOPPINI, A.: «Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie "in forma indiretta"», *RTDPC*, 1998, núm. 4, pp. 1077-1126.

Extenso estudio del Derecho de sucesiones y la posibilidad de admitir instrumentos de delación alternativos al testamentario, disposiciones contractuales con efectos *post mortem* diferentes a los actos de liberalidad *inter vivos*. (M. R. D. R.)

VARIA

BORIACHON, S.: «Biotechnologies-Aspects techniques de la révision des Directives n. 219/90 et 220/90», *GP*, 1999, núm. 22-23, pp. 18-20.

Proposición de directiva para modificar la directiva 90/219/CEE relativa a la utilización de microorganismos genéticamente modificados. Contenido y estado actual del proceso. Modificación de la normativa relativa a la diseminación voluntaria de organismos genéticamente modificados. (R. A. R.)

CARRINGTON, P. D.: «Virtual Civil Litigation: A Visit to John Bunyan's Celestial City», *Colum. L. Rev.*, 1998, vol. 98, núm. 6, pp. 1516-1537.

Crítica de la *Civil Justice Reform Act* (1990) en su intento de reducir costes y evitar retrasos en el proceso civil. El autor plantea cuál podría ser la utilidad de la informática en la consecución de estos objetivos. (J. M. B. S.)

DELMAS-MARTY, M.: «Mondalisation du droit: chances et risques», *RDS*, 1999, núm. 5, pp. 43-48.

Partiendo de la declaración de Derechos Humanos tras la segunda guerra mundial, se inicia un proceso de mundialización del Derecho. El caso Pinochet en esta perspectiva. (*I. S. P.*)

FORLATI PICCHIO, L. y otros: «Rassegna di legislazione e di giurisprudenza dell'Unione Europea, A: Parte generale (giurisprudenza: 1° luglio 1995 - 31 dicembre 1996)», *NLCC*, 1998, núm. 2-3, pp. 521-598.

Reseña de diversas decisiones judiciales, relativas a diferentes materias de Derecho Privado. (*M. R. D. R.*)

HÄDE, U.: «Zur Rechtmäßigkeit der Entscheidungen über die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion», *JZ*, 1998, pp. 1088-1095.

La dimensión jurídica de las decisiones sobre la Unión económica y monetaria. (*M. P. G. R.*)

LAMBERTINI, R.: «Servo onorato di fedecomesso universale e hereditatis aditio imposta al fiduciario», *Archiv. Giur.*, 1998, 3-4, pp. 239-335.

En el marco del Derecho romano, se analiza el régimen del fideicomiso universal dispuesto en favor del siervo. El trabajo pretende ser una contribución al estudio del senadoconsulto Pegasiano, que marcó, junto a Trebeliano, una de las etapas en que pueden clasificarse las medidas legislativas que regularon el fideicomiso en el sistema romano. El siervo beneficiado podía obtener un decreto pretorio previsto en general por el mencionado senadoconsulto, y el autor analiza las cuestiones que se plantean con este motivo entre fideicomisario y fideicomitente. (*C. J. D.*)

LOLIVIER, M.: «L'Europe interdit toute publicité sur le tabac», *GP*, 1998, núm. 329-330, pp. 13-16.

Sobre el principio de prohibición de publicidad de productos de tabaco, sus excepciones y reglas para la transposición a los Estados de la directiva comunitaria. (*R. A. R.*)

MARTIN, S.: «La transposition de la directive européenne sur les emballages et les déchets d'emballages», *GP*, 1999, núm. 20-21, pp. 10-12.

Estudio de la directiva y el decreto de transposición de 20 de julio de 1998. Las exigencias de este decreto y las dificultades de la puesta en práctica de esas exigencias esenciales. (*R. A. R.*)

MENGOZZI, P. y otros: «Rassegna di trattati internazionali di interesse privatistico», *NLCC*, 1998, núm. 2-3, pp. 505-520.

Reseñas de tratados internacionales, multilaterales y bilaterales, vigentes en Italia, según las leyes de ratificación y adaptación y los comunicados de entrada en vigor, aparecidos en la *G. U.* de 1 de julio de 1996 al 31 de marzo de 1998. (*M. R. D. R.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Terzo quadrimestre 1997», *RDC*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 229-247.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias. (*M. R. D. R.*)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo quadrimestre 1998», *RDC*, 1998, núm. 5, parte segunda, pp. 609-624.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho Privado. (*M. R. D. R.*)

POCZOBUT, J.: «Zur Reform des polnischen Zivilrechts (mit einigen rechtsvergleichenden Bermerkungen)», *ZEuP*, 1999, pp. 75-90.

Resumen de la evolución del Derecho civil polaco desde principios de siglo, situación actual y perspectivas de futuro. (*I. G. P.*)

SABATER/FLEURIOT/LECLERCO: «Les nouvelles technologies d'information et de communication au service des juridictions et des avocats», *GP*, 1999, núm. 20-21, pp. 16-19.

Aplicación de las nuevas tecnologías a distintos campos, como el acceso a la documentación jurídica, comunicaciones entre jueces, información del público sobre el derecho y los procesos. (*R. A. R.*)

STERN, K.: «Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit», *JuS*, 1998, pp. 769-776.

La influencia del Derecho comunitario europeo en la jurisdicción contencioso-administrativa. (*M. P. G. R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BECHTOLD, R.: «Das neue Kartellgesetz», *NJW*, 1998, pp. 2769-2774.

La nueva ley de defensa de la competencia.

El artículo analiza los puntos centrales de la ley que reforma la ley de defensa de la competencia (*GWB*), que entró en vigor el 1 de enero de 1999. (*M. P. G. R.*)

BOCCHINI, E. y otros: «Regolamento di attuazione del registro delle impresa», *NLCC*, 1998, núm. 4, pp. 857-1000.

Extenso comentario acerca del *d. p. r. 7 dicembre 1995, n. 581*, y sus modificaciones, relativo al procedimiento y funcionamiento del registro de empresas y los efectos de la publicidad registral. (*M. R. D. R.*)

BOSSHARD, M.: «L'ampiezza della tutela del marchio secondo la direttiva núm. 89/104/CEE e nella "nuova" legge marchi italiana», *NGCC*, 1998, vol. 6, parte primera, pp. 864-870.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 11 de septiembre de 1997 sobre si el artículo 4.1.b) de la directiva núm. 89/104/CEE permite declarar nulo el registro de una marca cuando se trata de marcas

similares que, sin embargo, todavía no han creado confusión en el público sobre el origen de los respectivos productos. (*Alma R. G.*)

BÜLOW, P./ARTZ, M.: «Neues Handelsrecht», *JuS*, 1998, pp. 680-684.

Nuevo Derecho comercial.

El 1 de julio de 1998 entró en vigor la ley de reforma del Derecho mercantil. Esto trae profundas modificaciones en la Dogmática mercantil y del Derecho de sociedades. Además la nueva ley conduce a la unificación del Derecho de transportes. (*M. P. G. R.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «Abusi di posizione dominante e intese nelle telecomunicazioni», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte primera, pp. 448-475.

Comentario a una serie de decisiones de la autoridad garante de la competencia y del mercado sobre algunos aspectos de la noción de abuso de posición dominante. (*Alma R. G.*)

MAFFEI, A.: «Modifiche all'articolo 3 della legge 8 agosto 1985, n. 443, in materia di impresa artigiana costituita in forma di società a responsabilità limitata con un unico socio o di società in accomandita semplice», *NLCC*, 1998, núm. 4, pp. 1003-1043.

Comentario de la modificación del artículo 3 de la Ley de 8 de agosto de 1985, núm. 443, por Ley de 20 de mayo de 1997, núm. 133, en relación a la empresa artesanal bajo la forma de sociedad en comandita simple y sociedad de responsabilidad limitada unipersonal: constitución, titularidad, responsabilidad, diferencia con otros tipos societarios, capital social, transmisión de titularidad, administración, etc. (*M. R. D. R.*)

SEBASTIO, F.: «L'uso del marchio geografico in relazione con la libertà di concorrenza - nota a Trib. Roma 14 ottobre 1997», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3273-3277. (*M. R. D. R.*)

SCHMIDT, K.: «Das Handelsrechtsreformgesetz», *NJW*, 1998, pp. 2161-2169.

La ley de reforma del Derecho mercantil.

A través de la ley de 22 de junio de 1998 el legislador alemán ha realizado la esperada reforma del Código de comercio. La ley entró en vigor en su mayor parte el 1 de julio de 1998. En este artículo se contiene una reseña de sus contenidos principales, con la vista puesta en su aplicación futura. (*M. P. G. R.*)

SCHMIDT, K.: «§ 25.Abs.1 Satz 2 (§28 Abs.1 Satz 2) HGB zwischen relativen Schuldnerschutz und Legalzession», *AcP*, 1998, pp. 516-534.

La sentencia del Tribunal Supremo (*BGH* de 20 de enero de 1992), cuyos criterios se contradicen con los de otra importante sentencia del mismo año (8 de enero de 1992, *OLG München*), suscitó una importante discusión en la doctrina alemana sobre la interpretación de los preceptos del Código de comercio, *HGB*, relativos a la cesión de créditos y protección de los deudores en casos de transmisión de empresa. El autor analiza ambas resoluciones, los argumentos de la doctrina y propone una interpretación de los preceptos discutidos. (*I. G. P.*)

ZIMMER, D.: «Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich», *NJW*, 1998, pp. 3521-3534.

La ley sobre el control y transparencia de las empresas, publicada a mediados de 1998, ha tenido un fuerte impacto en el Derecho mercantil y el Derecho económico alemán. (*M. P. G. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

CICCONI, E.: «L'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, liquidatori e direttori generali di società fallite», *GC*, 1998, núm. 11, pp. II, 523-541.

Observaciones acerca de la naturaleza jurídica y prescripción de la acción de responsabilidad contra administradores, liquidadores y directores de una sociedad en quiebra, con especial referencia a la necesidad de probar los elementos constitutivos de la responsabilidad: incumplimiento de obligaciones, nexos causal y daño. (*M. R. D. R.*)

DIDONE, A.: «Note sul concordato dell'impresa assicuratrice in l.c.a. - osservazione a Cass. 23 febbraio 1998 n. 1939», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2235-2236. (*M. R. D. R.*)

FERRI, A.: «Una ulteriore ipotesi di sospensione della prescrizione», *NLCC*, 1998, núm. 4, pp. 814-823.

Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de 24 de julio de 1998, núm. 322, sobre la acción de responsabilidad de una sociedad de responsabilidad limitada contra sus administradores, en relación al periodo en el que la formación societaria tomaba la forma de comandita simple y los administradores desempeñaban su cargo. (*M. R. D. R.*)

FUSARO, A.: «L'autonomia organizzativa degli associati in Italia e in Francia», *RDC*, 1998, núm. 5, parte segunda, pp. 491-503.

Notas acerca de las asociaciones organizadas de forma autónoma, y su tratamiento en el Derecho francés e italiano. (*M. R. D. R.*)

HABERMEIER, S.: «Grundfragen des Gesellschaftsrechts», *JuS*, 1998, pp. 865-873.

Preguntas fundamentales de Derecho de sociedades.

El Derecho de sociedades juega en la práctica profesional de los juristas un relevante papel, que sin embargo ha sido descuidado por los estudiosos. Este artículo da una idea general del tema, adoptando nuevos enfoques. En primer término se sitúan las sociedades personalistas y se extiende después a otras formas societarias y colectividades de personas, para la mejor comprensión de sus fundamentos y de las implicaciones principales del Derecho societario. (*M. P. G. R.*)

HENZE, H.: «Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft», *NJW*, 1998, pp. 3309-3312.

Deberes de examen y control de los Consejos de administración en las sociedades por acciones. La práctica del Tribunal Supremo alemán. (*M. P. G. R.*)

LUTTER, M.: «Haftungsrisiken bei der Gründung einer GmbH», *JuS*, 1998, pp. 1073-1080.

Riesgo y responsabilidad por la fundación de una sociedad de responsabilidad limitada. (*M. P. G. R.*)

MINERVINI, G.: «Le società quotate nel Testo Unico sull'intermediazione finanziaria. Prove tecniche di una riforma», *RDC*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 205-219.

Notas sobre el nuevo Texto Único sobre intermediación financiera: *d. l. 415/96*. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «L'azione "sociale" di responsabilità promossa dalla minoranza nelle società quotate», *RDC*, 1998, núm. 4, parte segunda, pp. 405-412.

Observaciones acerca de la legitimación de la minoría para ejercitar acciones sociales de responsabilidad contra los órganos de la sociedad, *ex artículo 2409 CC*, tras el artículo 129 del *d. l. 24 febbraio 1998, n. 58*, que modifica la cuota requerida a tal efecto: iniciativa, renuncia, transacción, forma, efectos. (*M. R. D. R.*)

RIVOLTA, G. C.: «Azioni e quote sociali: pegno di usufrutto, pegno di nuda proprietà e diritto di voto», *RDC*, 1998, núm. 5, parte primera, pp. 583-600.

Análisis doctrinal y jurisprudencial de la prenda del derecho de usufructo y nuda propiedad de acciones y cuotas de sociedad de responsabilidad limitada: forma y efectos, en relación al derecho de voto y otros derechos no patrimoniales. (*M. R. D. R.*)

SALAFIA, V.: «Sulla intestazione fiduciaria di azioni societarie e sui diritti del fiduciario - osservazione a Cass. 23 giugno 1998 n. 6246», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2780-2781. (*M. R. D. R.*)

SALVATORE, L.: «Conseguenze del venir meno di tutti i soci di società semplice», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1121-1132.

Estudio de las consecuencias que tiene el abandono de la sociedad por el conjunto de los socios ante la laguna legal existente en esta materia. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «È consentita la compensazione tra debito di conferimento del socio e credito verso la società? - nota a Cass. 24 aprile 1998 n. 4236», *GC*, 1998, núm. 11, pp. 2821-2830. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Sul termine prescrizione dell'azione *ex art. 2394 c. c.* e sulla responsabilità degli amministratori (o dei sindaci) per danni all'integrità del patrimonio sociale - nota a Cass. 28 maggio 1998 n. 5287», *GC*, 1998, núm. 12, pp. 3119-3122. (*M. R. D. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

MINERVINI, G.: «Le società quotate nel Testo Unico sull'intermediazione finanziaria. Prove tecniche di una riforma», *RDC*, 1998, núm. 3, parte segunda, pp. 205-219.

Notas sobre el nuevo Texto Único sobre intermediación financiera: *d. l. 415/96*. (*M. R. D. R.*)

SCHREIBER, K.: «Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters aus prozessualer Sicht», *NJW*, 1998, pp. 3737-3743.

La demanda de compensación del representante de comercio desde un punto de vista procesal. (*M. P. G. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BORCHI, F.: «La giurisprudenza del foro genovese in materia bancaria - anno 1996», *NGCC*, 1998, vol. 4, parte segunda, pp. 269-321.

Análisis de diversas cuestiones sobre el contrato bancario: apertura de crédito, cheque bancario, letra de cambio, cuenta corriente en general, valor probatorio del extracto.... (*Alma R. G.*)

CALVO, R.: «La Cassazione e la polizza *all risks*: una sentenza *double face*», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1101-1120.

Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 12 de febrero de 1998 sobre el reparto de la carga de la prueba en las pólizas a todo riesgo. (*Alma R. G.*)

HERBER, R.: «Die Neuregelung des deutschen Transportrechts», *NJW*, 1998, pp. 3297-3308.

Las nuevas normas del Derecho alemán de transportes.
El artículo presenta los contenidos más importantes de la ley de 1 de julio de 1998 que modifica el Código de comercio en relación con el transporte de mercancías. (*M. P. G. R.*)

MAGNANI, P.: «L'applicazione della normativa *antitrust* nel settore bancario», *NGCC*, 1998, vol. 5, parte segunda, pp. 367-384.

Artículo sobre diversas cuestiones de la normativa *antitrust*: reparto de competencias, definición del mercado relevante, abuso de posición dominante, valoración de operaciones de concentración.... (*Alma R. G.*)

PARTESOTTI, G.: «Note su due disegni di legge di riforma dell'agenzia assicurativa», *CI*, 1998, vol. 3, pp. 1088-1100.

Estudio de dos proyectos de ley de reforma de las agencias de seguros con el fin de verificar la compatibilidad con los principios comunitarios y constitucionales, sin olvidar las consecuencias que podría tener la ley respecto al cambio del mercado. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

BACHASSON/CHRIQUI: «Pour une revision de la notion de cessation de paiements», *GP*, 1999, núm. 13-14, pp. 2-5.

El autor, para revisar el concepto, parte del estudio de su contenido actual: pasivo exigible, activo disponible y delación de quince días. Desde 1985 el

criterio modificador se revela mal adaptado, por ser ambiguo y paralizar los procedimientos preventivos. Se propone la formulación de un nuevo criterio y una nueva definición de la suspensión de pagos. (R. A. R.)

TISCINI, R.: «Brevi considerazioni in tema di legittimità costituzionale dell'art. 44 della legge fallimentare - nota a C. cost. 23 giugno 1998 n. 234», *GC*, 1998, núm. 9, pp. 2094-2096. (M. R. D. R.)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Archiv. Giur.	Archivo Giuridico
BB	Betriebs Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di credito
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contrato e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto de autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LC	Loyer et Coproprieté
L. Q. R.	The Law Quaterly Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
NGCC	La nueva Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le nueve Leggi Civile Commentata
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Jornal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RIDC	Revue International du Droit Comparé
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedur a Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelrechts und Wirtschaftsrecht
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Ignacio GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Regina GAYA SICILIA, Alfonso GONZÁLEZ GOZALO, Ainhoa GUTÍÉRREZ BARRENENGOA, Antonio JIMÉNEZ CLAR, Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, Javier LARENA BELDARRAIN, Óscar MONJE BALMASEDA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, María del Carmen PLANA ARNALDOS, Encarna SERNA MEROÑO**

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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Concepto de honor. Inclusión del prestigio profesional.–Dentro del concepto del honor, protegido jurídicamente, se incluye el prestigio personal, lo cual había sido discutido años ha, pero que actualmente, a partir de la sentencia del TC 223/1992, de 14 de diciembre, no plantea dudas y así lo expresa claramente la sentencia de 20 de marzo de 1997 al afirmar: en cuanto al tema del prestigio profesional, superada la antigua doctrina jurisprudencial que consideraba que el prestigio profesional no forma parte del derecho al honor y que el ataque al mismo, como todo acto ilícito que produce perjuicios habrá de ser protegido con base a lo dispuesto en el artículo 1902 CC que regula la culpa extracontractual (SS de 21 de diciembre de 1989 y 8 de febrero de 1990), se ha llegado a estimar que un ataque al prestigio profesional pueda integrar una transgresión del honor (S de 18 de noviembre de 1992), y ya definitivamente a partir de la STC de 14 de diciembre de 1992, se puede afirmar que el derecho al honor comprende también el prestigio profesional.

Derecho a la información y derecho al honor.–No puede estimarse el honor como límite, si la información transmitida es veraz y si se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias que se tratan y por las personas que en ellas intervienen. Así lo expresa literalmente la sentencia de 20 de marzo de 1997, recogiendo abundante jurisprudencia anterior y seguida por otras sentencias posteriores, como las de 10 de abril, 7 de julio y 9 de septiembre de 1997. (STS de 27 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda de protección al honor contra determinadas personas y, subsidiariamente, contra el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Canarias, por dos notas de prensa en las que se informa que los dos demandantes no son miembros de aquel Colegio. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial revocó dicho fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por los actores, ya que no se atenta al derecho al honor de los recurrentes en casación, pues se dio a conocer una noticia veraz y de interés jurídico. (A. C. S.)

2. Colisión entre los derechos al honor y a la información.—Cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: *a)* que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; *b)* que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción —inmanencia— como en un aspecto externo de valoración social —trascendencia—, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración» actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sea de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen.

Información. Requisito de la veracidad.—Este requisito hay que interpretarlo a la luz de la doctrina jurisprudencial del TC, cuando habla que la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente (SSTC de 31 de mayo de 1993 y 15 de febrero de 1994).

Una información se puede estimar como veraz, cuando concurren las siguientes circunstancias: *a)* que haya sido rectamente obtenida, y *b)* que, con profesionalidad, se hayan realizado las oportunas averiguaciones. Todo ello, cualquiera que fuese su resultado.

Quebrantamiento del secreto genérico sumarial.—No se puede hablar de una información veraz desde el instante mismo en que se ha quebrantado el secreto genérico sumarial para obtener los datos que constituyen el núcleo de la referida información, que, por otra parte, y así se puede afirmar, no servirá nunca para formar una opinión libre y que redunde en beneficio del ente social, pero sí para conseguir un mayor beneficio comercial. (STS de 5 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—En un reportaje publicado en un periódico aparecen los siguientes titulares: «Un Juez de Valencia envía el caso al Supremo, Múgica ¿untado con cuarenta y cinco millones?, ¿y diez para su amante?», y «Múgica y su querida se iban a repartir cincuenta y cinco millones por apoyar la concesión de una lotería en Valencia, Un Juez envía el caso al Supremo».

El demandante, don Enrique Múgica, suplica al Juzgado que se condene solidariamente a los demandados, como autores de intromi-

sión ilegítima en el derecho al honor del actor, al pago de una indemnización de 200.000.000 de pesetas, y a la difusión de la sentencia que en su día recaiga.

El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Provincial. Prospera el recurso de casación interpuesto por el actor, condenando el TS a los demandados al pago de la suma de 50.000.000 de pesetas en concepto de indemnización y a la difusión de la sentencia. (A. C. S.)

3. Información falsa. Ataque al honor.—La información falsa evidentemente no es información veraz y, por tanto, aquella resulta atentatoria al honor del recurrido. La doctrina consolidada de esta Sala así lo viene proclamando y, cuando se aparta de los predicados éticos de la veracidad, alcanza consideración de noticia insidiosa, por ser información no comprobada con datos objetivos según los cánones de la profesionalidad, siendo únicamente disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado (SS de 27 de febrero de 1991, 13 de julio de 1992, 24 de abril de 1994, 14 de diciembre de 1995, 24 de junio y 30 de diciembre de 1996, y del TC que excluyen las invenciones, rumores y meras insidias —SS de 25 de marzo de 1991, 5 de marzo y 15 de junio de 1993, 29 de abril de 1994, 11 de diciembre de 1995 y 21 de noviembre de 1996). (STS de 27 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 16 de noviembre de 1990, en Radio Melilla una locutora transmitió la noticia de que el demandante, conocido comerciante melillense, había sido detenido por la policía malagueña, por supuesto delito de tráfico de drogas. Se declara probado que tal comunicado radiofónico resultó inveraz, pues los hechos difundidos no fueron acreditados al construirse sobre rumores sin fundamento y carentes de mínimos soportes de fiabilidad. El Juez de Primera Instancia condenó a los codemandados a que abonen conjunta y solidariamente al actor la cantidad de 10.000.000 de pesetas, en concepto de indemnización por los daños causados por la difusión de la falsa noticia, atentadora a su honor, con emisión del encabezamiento y parte dispositiva de la sentencia. La Audiencia Provincial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por los demandados. (A. C. S.)

4. Incapacitación. Tutela.—No cabe en una misma resolución, la sentencia, constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando la persona del tutor. Y esta Sala, al hacer este pronunciamiento, verdadero fundamento del fallo, no cambia el criterio que había sustentado la anterior sentencia de 22 de julio de 1993, sino que lo reitera, pasando ya a formar jurisprudencia en el sentido que le da el artículo 1.6 CC. En el caso que dio lugar a dicha sentencia, la de instancia constituyó una incapacitación y nombró tutor y se interpuso recurso de casación sobre la designación de éste: la sentencia resuelve el recurso, pero advierte: no se puede dejar de constatar que los Tribunales de instancia debieron limitar el contenido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida, la declaración de incapacidad de doña Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que debiera quedar sometida en su caso (art. 210 CC). La constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 231 CC) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el núm. 2.º del artículo 222 del mismo texto positivo. En el presente caso se han alterado los

trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor. (STS de 27 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión que se plantea en el recurso de casación es si, en la sentencia en la que se constituye el estado civil de incapacidad, se puede o no también constituir la tutela y nombrar la persona del tutor.

En la demanda que inició el proceso, formulada por el Ministerio Fiscal, cuya legitimación activa proclama el artículo 203 CC, se solicitó la incapacitación de doña Esperanza en virtud de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 CC y el régimen de tutela o guarda a la que debía quedar sometida, como prevé el artículo 210. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia constituyó la incapacitación y nombró tutora; advirtió las dificultades legales para tal nombramiento, pero se basó en la doctrina contenida en la STS de 22 de julio de 1993 y en que no se produce merma de las garantías procesales. Apelada la anterior por el Ministerio Fiscal, fue confirmada por la de la Audiencia Provincial. Contra esta última formuló el Ministerio Fiscal el recurso de casación, que prospera.

5. Persona jurídica. Doctrina del levantamiento del velo.—En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 533.4.º LEC, al pretender la parte actora, que mi mandante fue contratista o constructor de la obra de autos, pues, de los propios autos, se desprende que la obra la realizó, y se la pagó, a la mercantil *Hermanos Arellano, S. L.*, y, a pesar de ello, se demanda a mi representando, el cual, por tanto, que es demandado como constructor o contratista de la obra no tiene ese carácter; el motivo se rechaza, ya que debe prevalecer todo cuanto se hace constar por la Sala sentenciadora, con respecto a ese particular en su detallado transcrito FJ 3.º, a lo que cabría añadir, que cualquier acusación de la inconsistencia de dicha argumentación deberá ceder, si se recuerda la teoría ya clásica y decantada sobre la penetración del velo en la persona jurídica, o desmascaramiento de su personalidad. Se decía en la paradigmática sentencia de 28 de mayo de 1984, que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 CC), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude (art. 6.4 CC), admitiéndose la posibilidad de que los Jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas, cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC), en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 CE), o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7.2 CC), aplicable al litigio, pues, por las circunstancias que se especifican en dicho FJ transcrito, determinan que la persona del recurrente era quien en la realidad asumía la gestión e intervención de la citada mercantil *Hermanos Arellano, S. L.*

Responsabilidad individualizada de los sujetos del artículo 1591 CC.—El motivo debe apreciarse, ya que si como es cierto, se ha verificado esa distinción de responsabilidad en el apartado B de la sentencia recurrida, es claro que habida cuenta que esa responsabilidad proviene de los términos establecidos en el

elenco del FJ 4.º, en donde se especifica que no todos tienen en ella el mismo grado de participación, habida cuenta la respectiva imputación de la misma según las características de las obras, no es posible, como dice el motivo, que el conjunto de consecuencias indemnizatorias de la condena se impongan solidariamente a todos ellos, sino que habrá de estarse a los mismos términos con que se ha individualizado en el informe pericial practicado en período probatorio, y que se cita como su parte instrumental en el repetido FJ 4.º, en donde claramente consta que al constructor hoy recurrente no se le imputa responsabilidad alguna por los defectos que se enumeran en los apartados *a)*, *b)*, *d)* y *e)* [se indica, sin duda por error, la letra *c)*, de los que habrá de absolverse al mismo]. (STS de 31 de enero de 1998; ha lugar.)

NOTA.—En el FJ 3.º, se razona sobre la falta de personalidad del demandado don Miguel A. G., por no tener el carácter o representación con que se le demanda, esgrimida al amparo del artículo 544.4.º LEC, analizándose a continuación que aun cuando figurase en la empresa *Hermanos Arellano, S. L.*, como constructor, sin embargo, la intervención del codemandado don Miguel A. G., fue decisiva, exponiéndose en concreto: «... la Sala entiende que existe legitimación pasiva, desde luego *ad processum*, para ser llamado a la *litis*, como demandado, don Miguel A. G., y ello por cuanto se evidencia, a la vista de la amplísima prueba practicada, que tanto los actores, como arquitecto y aparejador, manifiestan que con quien trataban, en el tema de la obra y ejecución de la misma, no era con la sociedad, sino con don Miguel A. G.», igualmente se hace constar: «... que debe considerarse a todos los efectos como constructor de la obra a don Miguel A. G., sin perjuicio de las posibles relaciones internas que el citado demandado, como socio, pueda tener con la sociedad, y repercutir sobre ello lo que a su derecho convenga». Abunda en esta convicción de la Sala, la aplicación del principio de facilidad en la aportación de la prueba, que claramente apunta al Sr. A. G., pues no cabe duda que si hubiera habido una clara diferenciación de personalidades, no le hubiera sido difícil aportar una mayor prueba documental, fundamentalmente, que acreditara la efectiva condición de constructora de la sociedad limitada. (A. C. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratos. Error como vicio del consentimiento.—La jurisprudencia sobre el error de la Sala Primera del TS ha establecido que para que el error en el consentimiento invalide el contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1265 CC, es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa o sobre las condiciones de la misma que principalmente han dado lugar a su celebración; que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar; que no sea imputable al que lo padece y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad pretendida. Además, el error ha de ser esencial y excusable (es inexcusable cuando podía haberse evitado empleando una diligencia normal o media). Las circunstancias a tener en cuenta a la hora de valorar el error son las de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante. La apreciación del error sustancial tiene que ser excepcional, y debe ser interpretada restrictivamente, ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de

él. La existencia de un error en la denominación de los linderos, que no afecta a la realidad de la línea perimetral que cierra la finca, no constituye error en las cualidades esenciales de la cosa. (STS de 6 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—La recaudación de Hacienda de la zona de Torremolinos abre expediente de apremio contra la mercantil *Intursol, S. A.*, por una deuda tributaria procedente del impago de contribución urbana, que ascendía a 192.725 pesetas, acordándose el embargo de la finca de la que derivaba la obligación tributaria. La finca se le adjudica a don A. M. A., por 2.190.000 pesetas, quien a su vez la cede a un matrimonio. El problema surge, porque en la inscripción registral de la finca los lindes aparecen denominados de diferente manera a como constan en el contrato de compraventa, en el que se utilizan los datos del antiguo impuesto sobre la Contribución Urbana, sin que esto afecte a la línea poligonal delimitadora. La empresa demanda ante el Juzgado de Primera Instancia al Estado, a don A. M. A. y al matrimonio cesionario del remate aprobado, demanda que es desestimada acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción.

La Audiencia estima el recurso de apelación. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado y don A. M. A. (I. G. F.-D.)

7. Concepto del contrato de persona a designar y sus caracteres.—La figura doctrinal no amparada, pero no prohibida por la normativa del Código civil y leyes similares, del contrato atípico denominado «para persona a designar», que casi siempre se embebe en la figura del contrato de compraventa, y cuya característica esencial en la realización contractual, queda normalmente establecida entre el estipulante —comprador—, el promitente —vendedor— y un tercero, y éste cuando se consuma el contrato, pasará a ocupar el lugar del estipulante, el cual quedará entonces fuera del contrato. Suponiendo siempre, dicha figura contractual, una actuación de gestión y otra actuación de mediación.

Utilidad práctica del contrato de persona a designar.—En la presente *litis* las partes implicadas han actuado en un negocio jurídico múltiple, pero conexo, que ha surgido, con gran énfasis en la vida comercial y económica actual, con el fin de evitar operaciones reduplicadas y, sobre todo, para evitar o soslayar diversas actuaciones impositivas desde un punto de vista de la fiscalidad.

La infracción de normas fiscales no son base para un recurso de casación civil.—Es clara y constante la doctrina jurisprudencial de esta Sala, al mantener que no se puede fundar un recurso de casación en el incumplimiento de requisitos fiscales, puesto que las normas fiscales no son bastante para enervar el derecho reconocido o regulado en las leyes civiles, por lo cual no son aptas para apoyar un recurso de casación civil; y ello es así porque el recurso de casación civil ha de fundarse en normas de Derecho civil, es decir, en infracciones de normas sustantivas del ordenamiento jurídico en el sentido y con el contenido del núm. 1 del artículo 1 CC.

Presencia del principio de la autonomía de la voluntad en el Código civil.—El principio soberano de la autonomía de la voluntad que debe regir para toda parte contratante, con base al principio sociológico de un liberalismo necesario para el desarrollo de las relaciones económicas, y que aparece plasmado en el artículo 1254 CC, que deja muy claro que la voluntad contractual es para dicho Código el elemento central del contrato.

Doctrina jurisprudencial sobre la teoría del litisconsorcio pasivo necesario.—La doctrina jurisprudencial que ha dado carta de naturaleza definitiva a la teoría del litisconsorcio necesario, como medio ineludible para la eficacia de la

seguridad jurídica, con el fin de evitar la existencia de sentencias contradictorias y sobre todo para hacer efectivas las consecuencias de la cosa juzgada. (STS de 21 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de un contrato de compraventa realizado en documento privado, donde se recogía una cláusula en virtud de la cual, cuando el contrato se elevara a escritura pública, bien podía figurar el nombre del comprador o el de otra persona que él quisiera designar. Después de haberse realizado sucesivas transmisiones se llegó a la plasmación definitiva en escritura pública, donde figuraba como comprador la persona correctamente designada, pero uno de los sujetos que intervinieron en las transmisiones intermedias pretendió declarar nula la escritura de compraventa. En las dos primeras instancias se desestimaron sus pretensiones. (E. S. M.)

8. Condiciones generales de la contratación. Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.—Como ya señaló el TS en su sentencia de 20 de noviembre de 1996, de acuerdo con el artículo 10.1 de la Ley 26/1984, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que era la vigente en el momento de iniciarse el pleito, para que una cláusula sea considerada condición general es necesario que cumpla los requisitos señalados en el apartado segundo del mismo precepto. Una asociación de consumidores y usuarios tendrá legitimación cuando la condición general sea realmente tal. No existe, hasta la fecha, ningún precepto legal que conceda a las asociaciones de consumidores legitimación total y absoluta para ejercitar acciones de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas.

Directiva 93/13/CEE del Consejo. Ausencia de efecto directo, tiene valor interpretativo en el derecho nacional. Carácter más restrictivo de la LGDCU.—De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE establecida en su sentencia de 14 de julio de 1994, no cabe que la citada directiva sea directamente aplicable entre particulares, no pudiéndose, por tanto, acoger el amplio concepto de cláusula abusiva contenido en su artículo 3. La LGDCU exige que la aplicación de la cláusula no pueda ser evitada por el consumidor o usuario si quiere obtener el bien o servicio del que se trate y tal cosa no ha ocurrido en el presente caso, en el cual el consumidor firmó el contrato sin ni siquiera leerlo. No puede así decirse que la condición general cuya declaración de nulidad se persigue haya sido impuesta al usuario. (STS de 31 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. L. A. F. y la *Unión de Consumidores de España (UCE)* interponen demanda contra el *Banco Central Hispanoamericano, S. A.*, solicitando la nulidad de ciertas cláusulas del contrato de apertura de cuenta corriente que el citado C. L. A. F. celebró con la entidad bancaria. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Los actores interponen recurso directo de casación *per saltum* ante el TS, que declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, ha sido traspuesta recientemente al Derecho español por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación. En su DA 1.ª se modifica la redacción del artículo 10 LGDCU, adoptándose una definición de cláusula abusiva similar a la de la Directiva. Se añade además una lista con carácter de *numerus apertus* de cláusulas que se consideran abusivas. (I. G. F.-D.)

9. Facultad de moderar la indemnización (art. 1103 CC). Es revisable en casación en casos especiales.—La valoración jurídica de la correcta aplicación del artículo 1103 CC corresponde, en principio, a la instancia, pero dicha facultad cuasi-exclusiva puede ser revisada en casación si resulta acreditadamente errónea, ilógica, disparatada o improcedente (SSTS de 4 de noviembre de 1991, 4 de noviembre de 1992, 12 de febrero de 1993 y 5 de julio de 1993).

Hechos notorios.—Para su aplicación en el ámbito probatorio, como justificantes de la actuación procesal compensatoria contemplada en el artículo 1103 CC, han de ser conocidos de una manera general y absoluta. No basta, por tanto, un mero conocimiento personal o carente de generalidad, como es asumir que el pernoctar en el campo acentúa el peligro de sufrir hurtos y robos de todo tipo. (STS de 4 de febrero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Don N. M. R. formula demanda contra don J. L.R.S. solicitando que se condene al demandado a abonar daños y perjuicios por la destrucción negligente de las edificaciones integrantes del caserío de labor de la finca *Los Negrals*. Éste a su vez reconviene, solicitando que se le abonen las mejoras efectuadas por obras de electrificación y regadío en su condición de poseedor de buena fe de dicha finca. En la instancia resulta probada la actuación negligente de don J. L. R. S., y el Juzgado de Primera Instancia le condena a que indemnice al actor en una suma de 17.958.700 pesetas. Dicha cantidad es rebajada hasta un poco más de la mitad por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por parte de don N. M. R., el TS anula la sentencia de la Audiencia, confirmando en todos sus extremos la dictada en primera instancia. (I. G. F.-D.)

10. Incumplimiento contractual. Artículo 1101 CC. Doctrina jurisprudencia e *aliud pro alio*. Distinción de los vicios ocultos.—Se entiende que procede la acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento contractual —con plazo de quince de años de prescripción—, y no la de saneamiento por vicios ocultos —plazo de caducidad de seis meses—, en virtud de la doctrina jurisprudencial conocida como *aliud pro alio*, bien cuando se entrega cosa distinta a la pactada, bien cuando la cosa entregada resulta totalmente inhábil para el uso a que va destinada, o deja objetivamente insatisfecho al comprador. Así, la entrega de unas semillas defectuosas, de tal manera que resultan inservibles, supone el incumplimiento contractual reflejado en el artículo 1101 CC.

Fijación del *quantum indemnizatorio*.—El mero hecho de que el demandado no impugne la cuantía solicitada por el demandante en concepto de indemnización por daños y perjuicios, cuando no se ha practicado prueba alguna dirigida a su valoración, no implica aceptación tácita en pleito de la misma ni, en consecuencia, que haya quedado ésta correctamente fijada. (STS de 23 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Una Comunidad de bienes contrató con la sociedad *Frutas y Patatas Hermanos Jiménez, S. L.*, el suministro de una partida de patatas de siembra, cuya defectuosa calidad motivó la pérdida de la cosecha; razón por la cual interpuso la Comunidad demanda contra la sociedad, reclamando el abono de indemnización por los daños y perjuicios que se le habían irrogado. El Juzgado de Primera Instancia la estimó íntegramente. Recurrida la sentencia por la demandada, la Audiencia Provincial estimó el recurso. (A. G. G.)

11. La resolución de un contrato exige que la prestación incumplida sea la obligación principal.—Para que el incumplimiento de un contrato pueda determinar la resolución del mismo ha de versar tal incumplimiento sobre prestaciones principales y no meramente accesorias o secundarias.

La resolución de un contrato requiere que el incumplimiento de la prestación de una de las partes frustre el fin del contrato para la otra parte.—Para que el incumplimiento por una de las partes de una de las prestaciones principales del contrato pueda desplegar la virtualidad resolutoria de dicho contrato, al amparo del artículo 1124 CC, es necesario que tal incumplimiento frustre el fin del contrato para la otra parte, frustración que en este caso se produjo indudablemente para el demandante, comprador, el cual, como consecuencia de la no construcción del piso-piloto dentro del plazo estipulado, no pudo realizar adecuadamente la programada campaña de promoción y venta de las expresadas viviendas, cuando las mismas aún se hallaban en fase de construcción y, en consecuencia, no pudo obtener los fondos necesarios para, por su parte, ir pagando los diversos plazos del precio de la compra que había hecho. (STS de 6 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El actor había celebrado un contrato de compraventa con una inmobiliaria; ante el incumplimiento de las prestaciones asumidas por esta última, había interpuesto demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa, con la devolución de las cantidades entregadas y la correspondiente indemnización por daños y perjuicios causados. La empresa inmobiliaria demandada se opuso a las peticiones del actor, pidió que se desestimara la demanda y solicitó también que se declarase resuelto el contrato de compraventa, con pérdida de las cantidades entregadas por el actor, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia se estimó la demanda; apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, pues aunque resolvió el contrato de compraventa condenó al actor-recurrido a indemnizar a la empresa inmobiliaria los daños y perjuicios ocasionados. El actor interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

12. Compraventa de cosa ajena.—Se trata de un contrato válido en nuestro Derecho y que permite condena a su cumplimiento, al poder el vendedor adquirir la cosa con tal fin, transformándole la condena a venderla y entregarla en la de indemnización de daños y perjuicios en caso contrario.

Obligaciones recíprocas. Incumplimiento de una de las partes. Artículo 1124 CC.—Es doctrina del TS que las dos acciones, de resolución y de cumplimiento, recogidas en el artículo 1124 CC, son incompatibles, si bien pueden ser ejercitadas subsidiariamente, solicitándose la resolución y, para el caso de que no prospere, pedir el cumplimiento.

Principios de ración e incongruencia.—Dado que el órgano jurisdiccional no puede conceder algo distinto de lo pedido, solicitado por el actor el cumplimiento y por el demandado la nulidad de un contrato, no cabe la declaración judicial de su resolución.

Principio de economía procesal.—Permite mantener una resolución que condena a indemnizar daños y perjuicios fundada erróneamente en el artículo 1124 CC, cuando debía estarlo en los artículos 1091 y 1101 del mismo cuerpo legal, sin necesidad de esperar a que se produzca el incumplimiento en la ejecución de la segunda sentencia para transformar la obligación. (STS de 31 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La compañía *Punto Azul, S. A.*, celebró con doña M. G. A. W. contrato de compraventa, en documento privado, de tres fincas urbanas, entregando 2.000.000 de pesetas en el momento de la firma y comprometiéndose a pagar 18.000.000 de pesetas en la fecha pactada para otorgar escritura pública y los 20.000.000 de pesetas restantes a los dieciocho meses. En la compraventa, afirmó la vendedora ser «dueña de las fincas por sí y a través de sociedades interpuestas». Requerida, en su momento, por la compradora, para cumplir el contrato, manifestó su imposibilidad de vender por carecer de poderes de las sociedades propietarias y ofreció devolver el dinero percibido e indemnizar los daños y perjuicios causados.

La compradora interpuso demanda solicitando se declarara la existencia de contrato perfecto de compraventa, así como su derecho de propiedad sobre las fincas desde el momento de la celebración de aquél, y se condenara a la demandada a cumplirlo. La demandada formuló, asimismo, reconvencción, pidiendo la nulidad de la compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que la compradora conocía en el momento de celebrar el contrato «la posible falta de capacidad suficiente para enajenar» de la vendedora, condenando a ésta a devolver el dinero percibido y a indemnizar los daños causados. Recurrida esta sentencia por ambas partes, fue revocada por la Audiencia Provincial que estimó la demanda, declarando la validez del contrato de compraventa y acordando, ante la imposibilidad de su cumplimiento, su resolución, condenando a la demandada a indemnizar a la actora los daños y perjuicios. (A. G. G.)

13. Resolución de compraventa de inmueble por falta de pago del precio. Cumplimiento de sus propias obligaciones por el vendedor.—Las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas son aquellas en que cada parte acreedora o deudora es, al tiempo, deudora o acreedora respecto de la otra parte; cada una de las obligaciones recíprocas es contrapartida, contravalor o contraprestación de la otra; es esencial a su naturaleza la dependencia o nexo entre una y otra: es el sinalagma del que dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993: «el sinalagma está en el génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga la otra». El principal efecto de las obligaciones recíprocas es la facultad de resolución, por parte del que ha cumplido la suya, por el incumplimiento de la otra.

Elemento esencial de esta resolución es que únicamente puede exigirla el sujeto de la obligación recíproca que ha cumplido su obligación, es decir, que ha realizado su prestación; en otros términos, el «sujeto cumplidor»; no puede pretender la resolución el sujeto que no ha cumplido: así, entre otras muchas SS, de 15 de junio de 1989, 20 de junio de 1990, 15 de julio de 1991, 30 de noviembre de 1992, 20 de marzo de 1993. En efecto, la empresa, como vendedora, incumplió, no terminó la construcción de la obra cuyas viviendas había vendido; no cumplió la obligación de entregar la cosa futura vendida, ya que abandonó la construcción. Así pues, no puede exigir la resolución del contrato de compraventa, por razón de su propio incumplimiento. (STS de 24 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. once de Málaga, solicitando la declaración de ineficacia de la resolución de un contrato de compraventa de vivienda realizada unilateralmente por la entidad vendedora, y la declaración del pago íntegro a la empresa, y

por consiguiente, del derecho de propiedad de la parte actora sobre la citada vivienda, con prohibición de ejercitar acto alguno contrario a dicho dominio, otorgándose escritura de compraventa a su favor. Se contestó la demanda por la empresa vendedora, solicitando se declarase la desestimación del escrito de demanda, al ser plenamente válida y eficaz la resolución del contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia estima la demanda, declarando la ineficacia de la comunicación de la resolución del contrato de compraventa, declarando la validez del contrato en su integridad.

Interpuesto por el demandado recurso de apelación contra la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial de Málaga, se estima el citado recurso revocando la sentencia, y se condena a la parte actora a las costas de instancia. Se interpone ante el TS recurso de casación por la parte actora, declarando este Tribunal haber lugar al recurso, e imponiendo las costas de instancia a la parte demandada, sin hacer especial pronunciamiento sobre las de segunda instancia, y estableciendo que en casación cada parte satisfaga las suyas. (A. I. H. O.)

14. Caducidad del contrato de opción de compra.—El plazo para el ejercicio de un derecho de opción es un plazo de caducidad, y no de prescripción, como aclaran el artículo 14 RH y la doctrina del TS (SSTS de 21 de enero de 1988, 16 de julio de 1992 y 18 de abril de 1994). El contrato de opción tiene una peculiaridad especial, y es que una vez extinguido no puede resolverse. Esto comprende todas las consecuencias de la resolución, no prolongándose por tanto una vez que se produce su caducidad. No juega el plazo general de quince años del artículo 1964 CC, ya que el término de duración del derecho de compra se integra como un requisito esencial para el ejercicio vinculante del mismo y como condición que determina su existencia, como ha declarado la jurisprudencia del TS (SSTS de 29 de febrero de 1988, 4 de enero de 1992, 30 de junio de 1994 y 29 de mayo de 1996).

Interpretación de los contratos.—Si el tenor del contrato es claro, se impone la interpretación literal, que es predominante de acuerdo con lo establecido en el artículo 1281.1 CC y de la reiterada doctrina del TS. (STS de 30 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Mediante escritura de junio de 1990, don F. M. G. concede a la mercantil *Parque Bosque, S. A.*, un derecho de opción de compra sobre cierta finca en la urbanización *El Bosque de Madrid* (Villaviciosa de Odón), con vigencia hasta el 30 de noviembre de 1991. Entre tanto, el Ayuntamiento de Villaviciosa modifica el Plan General de Urbanismo de la localidad, suspendiendo durante un año las licencias para hotel-apartamentos que debían construirse en esa parcela. La opción no fue ejercitada, con lo que la venta no llegó a celebrarse. En virtud de la cláusula contractual tercera, don F. M. G. se niega a reintegrar las cantidades percibidas, tanto el precio pactado en el contrato de opción como las adelantadas a cuenta de la compraventa, ya que el tenor literal del contrato decía que el concedente tendría derecho a todas las cantidades percibidas en el caso de no producirse finalmente la compraventa. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda impuesta por la empresa, siendo esta sentencia confirmada por la Audiencia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (I. G. F.-D.)

15. Venta de vivienda de protección oficial por precio superior al legal: validez civil, sin perjuicio de sanciones administrativas.—Se reitera la doctrina que se contiene en la S de 3 de febrero de 1992, ratificada por las de 14 de octubre de 1992, 4 de junio y 16 de diciembre de 1993 y 21 de febrero de 1994, aplicable a los casos en los que los compradores conocen el carácter de vivienda de protección oficial y ha existido un contrato perfecto pero no seguido de tradición. La cláusula que establece un precio de compraventa superior al que permite la legislación administrativa aplicable a las viviendas de protección oficial tiene plenos efectos civiles, el contrato es válido y eficaz, sin perjuicio de la aplicación de las pertinentes sanciones administrativas. La DA 1.^a, ap. 5, LAU de 24 de noviembre de 1994 establece la nulidad de las cláusulas que pacten rentas superiores a las autorizadas en la normativa administrativa reguladora de estas viviendas, pero dicha sanción no es aplicable a las viviendas de promoción pública reguladas por el Real Decreto-Ley 31/1978 (apartado G de dicha DA 1.^a). En la fecha de iniciación del litigio, dicha norma no existía, y nunca podría tener carácter retroactivo (DT 3.^a CC). (STS de 4 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. C. B. A., firma como comprador un contrato privado de compraventa de una vivienda de protección oficial con doña M. S. G. y don A. B. L, pactándose un precio superior al máximo fijado en la legislación administrativa. El comprador conocía en el momento de la perfección del contrato que adquiriría una VPO, ya que pudo averiguarlo mediante consulta en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por don J. C. B. A., siendo dicha sentencia confirmada en todos sus puntos por la Audiencia Provincial de Logroño. No ha lugar al recurso de casación. (I. G. F.-D.)

16. Resolución del contrato de compraventa a plazos de un bien inmueble. Juego del artículo 1504 CC, ley especial sobre el artículo 1124 CC.—El artículo 1504 CC funciona como ley especial, y es por tanto prevalente sobre el artículo 1124 CC. La *ratio legis* del precepto está inspirada en una mayor tutela a los compradores de bienes inmuebles a plazos que pretende evitar resoluciones contractuales derivadas de cualquier mínimo incumplimiento. Como consecuencia jurídica, el comprador puede pagar después de cumplido el tiempo fijado, en tanto en cuanto no se le requiera fehacientemente para el pago. Una vez practicado dicho requerimiento, no cabe la posibilidad de que los tribunales concedan un nuevo plazo, como claramente señala el tenor del precepto. (STS de 29 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. B. R. interpone demanda contra don J. A. M. M., en la que solicita la resolución del contrato de compraventa de un piso situado en Madrid, por impago por parte del demandado de los plazos convenidos. El actor, previamente, había practicado requerimiento notarial en el que se manifiesta que el demandado no ha abonado la cantidad aplazada, interesándose la comunicación al demandado de la decisión del actor de resolver el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda íntegramente. La Audiencia, sin embargo, estima en parte el recurso interpuesto, concediendo un nuevo plazo de treinta días para que se pague el importe de las letras no satisfechas. El TS declara haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de instancia. (I. G. F.-D.)

17. El pacto comisorio en el contrato de compraventa de inmuebles.— En relación con el pacto comisorio tiene declarado esta Sala, S de 26 de enero de 1987, transcrita en la de 26 de septiembre de 1994, que lo único que el precepto previene (se está refiriendo al art. 1504 CC, aclaramos ahora) es que, no obstante la posible existencia del pacto comisorio, la resolución convenida no operará al igual que en el supuesto en que no haya sido estipulada, ínterin el comprador no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial y que hecho el requerimiento el Juez no podrá concederle nuevo plazo.

El requerimiento notarial, o judicial, como requisito necesario para la acción de resolución del artículo 1504 CC.—Es por ello requisito para el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1504 citado, la existencia de un requerimiento notarial, o judicial, en que se manifieste esa voluntad resolutoria del vendedor, requerimiento que, dice la S de 26 de febrero de 1985, constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimidación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración unilateral a la que el pacto, o la ley (arts. 1255 y 1124 CC), anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que solo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir la comunicación, no después, que, por ello, tiene lógicamente naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador (S de 23 de mayo de 1981) para saber a qué atenerse.

Exigencias que debe cumplir el requerimiento contemplado en el artículo 1504 CC.—Conforme a la norma y a la jurisprudencia que el requerimiento legalmente previsto, ha de contener inequívocamente, la declaración de voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato; si bien la jurisprudencia ha reconocido la validez del requerimiento en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente le concede al comprador el vendedor (SS, entre otras, de 1 de junio de 1987, 27 de abril de 1988, 15 de noviembre de 1989, 24 de febrero de 1990, 6 de noviembre de 1991 y 21 de junio de 1996). No son idóneos a los efectos del artículo 1504 CC aquellos requerimientos que contienen una intimidación al cumplimiento o pago del precio..., como muy reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, tal requerimiento no ha de dar oportunidad alguna para el pago del precio, como hizo en el caso ahora discutido el recurrente, sino que absteniéndose de reclamar el pago del precio, sobre todo ha de comunicar al comprador a que se allane a resolver la obligación sin previo requerimiento de pago. **(STS de 30 de diciembre de 1997; ha lugar.)**

HECHOS.—La parte demandante, empresa vendedora del inmueble, solicitó la resolución del contrato de compraventa en aplicación del artículo 1504 CC, por impago de la parte aplazada del precio. En primera instancia se desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y consideró resuelto el contrato de compraventa. La compradora demandada interpuso recurso de casación. (*E. S. M.*)

18. Requisitos de la acción resolutoria del artículo 1504 CC.—Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, ya totalmente consolidada, la que determina que los artículos 1124 y 1504 CC no se excluyen sino que incluso se complementan, y que la acción resolutoria contractual que establece el último precepto mencionado determina un *plus* —la existencia de un firme requerimiento— en relación a la acción contemplada en el primer artículo.

Como dice la sentencia de 20 de junio de 1993, que se puede calificar como resumen o epítome de dicha doctrina jurisprudencial, la facultad resolutoria del artículo 1124 CC requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso que patentice, de forma indubitada, la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que éste sea imputable al comprador; ahora bien, dicho incumplimiento, no supone, ni mucho menos, una actitud dolosa del incumplidor, sino que simplemente es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, así como que se dé el dato de un impago prolongado, duradero e injustificado, o que quede sin conseguir el fin económico-jurídico que implica el contrato de compraventa.

En resumen, que para el éxito de la especial acción resolutoria del artículo 1504 CC han de concurrir los siguientes requisitos: *a)* precio aplazado; *b)* impago del precio; *c)* voluntad rebelde al cumplimiento; *d)* requerimiento judicial o notarial, y *e)* vendedor cumplidor.

Excepción *non adimpleti contractus*.—El carácter sinalagmático del contrato de compraventa entroniza el principio que configura la excepción *non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que tiene su fundamento legal en los artículos 1100 y 1124, ambos del CC, y que supone que si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento, o, en este caso, la resolución del contrato de compraventa sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la referida excepción, como emblemática y epítome de dicha doctrina jurisprudencial, se han de citar las SS de 16 de abril de 1991 y 30 de octubre de 1992.

Pero, asimismo, la jurisprudencia de esta Sala sobre este tema exige que dicho incumplimiento tenga un carácter esencial (SS de 6 de noviembre de 1987 y 9 de julio de 1993). Del *factum* de la sentencia recurrida no se infiere que la disminución de la superficie del local objeto de la compraventa por mor de una nueva ubicación del cajón de las escaleras, ni la subsiguiente pérdida de diafanidad, supongan un incumplimiento esencial por parte del vendedor, consecuencia hermenéutica lógica desde el instante mismo en que tal disminución variativa del proyecto es irrelevante desde un punto de vista no sólo económico sino también de técnica en la proyección de la construcción. (STS de 5 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio declarativo de menor cuantía se formula demanda solicitando la resolución de un contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida en el único extremo de imponer al apelante las costas causadas en primera instancia en la acción ejercitada por el mismo en los Autos seguidos ante el Juez de Primera Instancia, estableciendo que cada parte debe soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No prospera el recurso de casación. (O. M. B.)

19. El requerimiento de resolución contractual de compraventa por falta de pago no exige la concesión graciable de plazo.—La parte impugnante alega infracción en la sentencia recurrida del artículo 1504 CC, apoyando su tesis en la ausencia de la concesión de un plazo de gracia, para que pudiera ponerse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones. Sobre este extremo, recuerda el Tribunal que aunque en la práctica notarial otra de las formas que permite la ley, además de la judicial, para efectuar el requerimiento resolutorio sea frecuente que la cláusula resolutoria especifique que el requerimiento en tal senti-

do contenga un determinado término de gracia, y ello haya sido estimado como lícito por la jurisprudencia de esta Sala (S de 20 de noviembre de 1985), ello no significa que tal gracia sea obligatoria *ad solemnitatem* para la eficacia de la acción resolutoria que contempla el artículo 1504 CC (SS de 1 de febrero y 12 de marzo de 1985).

La modificación de la pena civil.—La posibilidad de modificar la pena civil es una facultad del Juez, y es independiente de la buena o mala fe del deudor y de la intensidad del perjuicio ocasionado (SS de 21 de marzo de 1948 y 8 de marzo de 1951), dependiendo tal reordenación exclusivamente del juicio discrecional de equidad del Juez de instancia. Como recoge una doctrina jurisprudencial ya consolidada y pacífica, plasmada en las emblemáticas SS de 13 de julio de 1984, 18 de octubre de 1985, 10 de mayo de 1986, 27 de noviembre de 1987 y 20 de octubre de 1988, entre otras, el mencionado juicio de equidad preciso para la moderación de la pena, no es revisable en casación. (STS de 22 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se formula demanda en juicio declarativo de menor cuantía suplicando, al Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de los de Barcelona, se dicte sentencia declarando resueltos los contratos de compraventa relativos a dos locales comerciales, condenando asimismo a la demandada al desalojo de los mismos, y al pago de la indemnización de daños y perjuicios causados. El Juzgado estima la demanda. Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, desestimándolo, confirma la resolución recurrida. No prospera el recurso de casación. (A. G. B.)

20. Resolución por falta de pago. Vendedora extranjera no necesita registrarse en España.—Para vender en España no existe precepto alguno que exija que la vendedora adquiera la nacionalidad española, y mal puede compaginarse que se le permita ser titular registral de un inmueble y luego se le niegue capacidad para transmitirlo a una entidad española.

Requerimiento en la forma pactada: es válido.—Entiende el Tribunal que la concesión del plazo de quince días en el requerimiento fue algo convenido y conforme con el *pacta sunt servanda* que consagra el artículo 1255 CC, pues tal plazo de gracia no es contrario a las leyes, ni a la moral, ni al orden público, de manera que pasado ese breve plazo de tiempo entra en juego el carácter obstativo al pago del requerimiento, lo que tampoco es contrario a la jurisprudencia de esta Sala.

Artículo 1502 CC: notificación previa a la suspensión.—Según doctrina jurisprudencial reiterada y constante «es necesario que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor, pues esta suspensión no puede ser indefinida ni puede subsistir cuando el vendedor afiance la devolución del precio, lo que no podía hacer si no se le notifica esta facultad suspensiva» (SS de 4 de junio de 1992, y en el mismo sentido la de 30 de enero de 1992, que cita las de 25 de junio de 1964 y 20 de julio de 1991). (STS de 14 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En juicio declarativo de menor cuantía se formula demanda solicitando la resolución de un contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia. No prospera el recurso de casación. (A. G. B.)

21. Arrendamiento financiero (*leasing*). Inidoneidad del objeto. Resolución de la compraventa celebrada entre el arrendador financiero y el proveedor, instada por el arrendatario.—El TS afirma que el contrato de arrendamiento financiero se caracteriza por su complejidad jurídica. Ello supone que no sólo existan vínculos obligacionales directos entre los suscriptores (arrendador y arrendatario financiero), sino también entre éstos y la persona o entidad que, en concepto de vendedor, suministre el material sobre el que recae la operación de *leasing*. En virtud de lo anterior, el TS señala que el arrendatario está legitimado para instar la resolución de la compraventa en los supuestos de inidoneidad del objeto, especialmente en los casos en los que el arrendador financiero, en calidad de propietario del bien objeto del *leasing*, subroga al arrendatario en los derechos y acciones que le correspondan frente al proveedor (vendedor del bien objeto del arrendamiento financiero).

Litisconsorcio pasivo necesario. Doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia del TS en relación con la institución del litisconsorcio pasivo necesario mantiene que la mencionada figura se encuentra regida por el principio de que los Tribunales están obligados a velar por el hecho de que en el juicio estén presentes todos los sujetos que puedan resultar afectados por el fallo, con la finalidad de evitar la posibilidad de fallos contradictorios y la vulneración del principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, pues la veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de todos los sujetos que debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico procesal, requiere la integración en el juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al demandante. En virtud de lo anterior, el TS afirma que los sujetos no intervinientes (terceros) en los contratos objeto del litigio no deben ser llamados al proceso. Sin perjuicio, claro está, de las acciones que una de las partes procesales, en un proceso concreto, pueda ejercer, en otro proceso independiente, contra terceros. (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Don D. T. D. encargó a *Renault Leasing, S. A.*, la adquisición de un determinado modelo de camión, en el que se deberían realizar diversas modificaciones. *Renault Leasing, S. A.*, compró, por medio de un contrato de compraventa suscrito con la entidad *Eslauto, S. A.*, el citado camión. Las reformas en el camión fueron realizadas por entidades distintas a las mencionadas. Posteriormente se formalizó el contrato de arrendamiento financiero entre don D. T. D. (arrendatario) y *Renault Leasing, S. A.* (propietario-arrendador financiero). La Inspección Técnica de Vehículos denegó el permiso de circulación, como consecuencia de las reformas realizadas en el camión.

Don D. T. D. interpuso demanda contra *Eslauto, S. A.*, y *Renault Leasing, S. A.*, suplicando, entre otras cosas, la resolución del contrato de compraventa celebrado entre *Renault Leasing, S. A.*, y *Eslauto, S. A.*, y la anulación del contrato de arrendamiento financiero suscrito por *Renault Leasing, S. A.*, y el demandante (don D. T. D.), como consecuencia de la inidoneidad del vehículo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte 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.)

22. Arrendamiento financiero (*leasing*). Concepto jurisprudencial y legal.—El TS (STS de 26 de junio de 1989) define el contrato de arrendamiento financiero como un contrato complejo, en un principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme. Aunque nuestro ordenamiento jurídico privado no regula dicha figura, su otorgamiento es posible en

base al principio de autonomía negocial y de libertad (art. 1255 CC). Por otra parte, el legislador, en el apartado primero de la DA 7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, nos ofrece una definición legal de arrendamiento financiero.

Arrendamiento financiero (leasing). Contenido. Cuantía de la opción de compra.—El TS afirma que no existe una regulación legal que establezca un parámetro para fijar la cuantía de la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del contrato de arrendamiento financiero. Asimismo señala que, aunque coincida el precio de la opción de compra con el valor residual de una mensualidad de amortización, ello no significa que nos encontremos ante un contrato de compraventa a plazos de bienes muebles, regulado por la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Interpretación de los contratos.—La jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 17 de mayo y 28 de junio de 1976) afirma que la regla interpretativa del artículo 1281 CC, en virtud de la cual se debe estar al sentido literal de las cláusulas del contrato, debe ser matizada y tener en cuenta, en la interpretación del contrato, otros datos relevantes, como los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato realizados por los contratantes (art. 1282 CC). (STS de 28 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—*Aroleasing, S. A.*, cuyo objeto social es la realización de operaciones de arrendamiento financiero, celebra en 1990 un contrato de este tipo con don A. O. C. Posteriormente, don A. O. C. interpone demanda contra la sociedad de *leasing*, suplicando la declaración de que se trata de un contrato de compraventa a plazos de bienes muebles, regulado por la Ley 50/1965, de 17 de julio, así como la modificación de los plazos, vencimientos y cuantías pactadas en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, declarando que se trataba de un contrato de venta a plazos de bienes muebles. Interpuesto recurso de casación, el TS anula y casa la sentencia recurrida, desestimando íntegramente la demanda.

NOTA.—Debe tenerse en cuenta que la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos, ha sido derogada por la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

Asimismo, la mencionada Ley 28/1998, de 13 de julio, en su DA 1.^a se ocupa de la inscripción y de la especial y propia naturaleza jurídica del arrendamiento financiero. (*M. J. P. G.*)

23. El principio de congruencia impide la alteración de los hechos fundamentadores de la demanda.—El principio de congruencia de las sentencias, subordinado al derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), obliga a que exista concordancia entre lo pedido por los litigantes y lo resuelto por la sentencia, concordando sus decisiones con las cuestiones de hecho que los litigantes hayan sometido al conocimiento del juzgador. Por tanto, a pesar de que la jurisprudencia de la Sala no exige una descripción exacta y concreta de las obras en que se funda la pretensión resolutoria, ello no puede entenderse en el sentido de poder dar lugar a la resolución por obras a las que no se refiere la demanda.

Obras que modifican la configuración de la vivienda o local.—Para que el cambio de configuración alcance trascendencia a efectos de aplicación del apartado 7.º del artículo 114 de la LAU es necesario que las obras que determinan ese cambio de configuración sean de las llamadas obras fijas o de fábrica, empotradas a techo y suelo y practicadas con materiales de construcción, sin que por

el contrario quepa aplicar este precepto cuando se trata de obras móviles, no adheridas a las paredes, suelos y techos, mediante obras de albañilería. (STS de 26 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los arrendadores reclaman la resolución del contrato de arrendamiento al amparo del apartado 7.º del artículo 114 LAU, basándose en la realización de obras incontinentadas que alteran la configuración del local. Las obras llevadas a cabo por los arrendatarios consisten en la apertura de un hueco en la fachada tapado por una rejilla, que sustituye el anterior acristalamiento, para proporcionar ventilación y toma de aire acondicionado. Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda, e interpuesto recurso de casación el TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia. (M. C. P. A.)

24. Interpretación del contrato.—La interpretación de los contratos está encomendada a los Tribunales de instancia, debiendo mantenerse en casación a no ser que sea ilógica, arbitraria o contraria a la ley.

Autorización de las obras.—La norma del artículo 114 LAU, cuya aplicación se discute, es dispositiva para el arrendador y además establece que es causa de resolución la realización de ciertas obras *sin el consentimiento del arrendador*. Si el arrendador ha dado el consentimiento expreso en el propio contrato para realizar toda obra que no afecte a la estructura del inmueble, la función de la casación no alcanza a reexaminar la prueba de las obras realizadas y a revalorar la prueba pericial sobre si las mismas afectan o no a la estructura del inmueble. (STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Habiéndose celebrado contrato de arrendamiento urbano de local de negocio, en fecha 12 de mayo de 1983, sometido por tanto a la LAU de 1964, se incluyó en el contrato una cláusula según la cual *el arrendador autoriza al arrendatario a realizar cuantas obras estime convenientes y oportunas para la instalación y conservación del negocio, sin límite de tiempo, y con la sola limitación de que éstas no afecten a la estructura del inmueble. Entre estas obras se autoriza la construcción de una piscina*. Se había previsto también que el local se destinaría a restaurante, discoteca o similar y que la persona física que aparecía como contratante lo hacía como promotor de una sociedad anónima a constituir, que quedaría subrogada como arrendataria. El arrendatario realiza efectivamente una serie de obras y el arrendador reclama la resolución del contrato por la realización de las mismas. La demanda es desestimada en primera instancia y en apelación. (M. C. P. A.)

25. Revisión de la renta en arrendamiento urbano. Es necesario notificárselo al arrendatario cada vez que se actualiza la renta.—Según la reiterada doctrina del TS (SSTS de 19 de junio de 1985, 23 de junio de 1986, y 21 de marzo de 1995) la efectiva elevación de la renta en virtud de una cláusula contractual sólo puede tener lugar mediante una declaración de voluntad recepticia. Dicha declaración es imprescindible para que la elevación de la renta tenga lugar en cada uno de los períodos que se trata. Los efectos de la notificación son *ex nunc*, y si el arrendador no libra la notificación en alguna de las sucesivas anualidades tal conducta supone un abandono o renuncia a la revisión correspondiente.

Ejercicio anómalo de un derecho (art. 7 CC).—La existencia de la cláusula de revisión exime de la exigencia del requerimiento para que pueda nacer o ejercitarse el derecho de revisión pactado en el contrato, pero tal requerimiento es necesario para que el ejercicio tenga virtualidad respecto de la otra parte. Sostener lo contrario favorece la inseguridad jurídica contractual y autoriza un ejercicio anómalo del derecho. (STS de 31 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—Tres hermanos arriendan un local de negocio al *Banco Hispano Americano, S. A.*, el 28 de abril de 1975, pactando una renta de 35.000 pesetas mensuales, e insertando una cláusula que impide revisar la renta pactada durante los tres primeros años del contrato. A partir del cuarto año, inclusive, se hará la revisión anual de acuerdo con el índice establecido por el Instituto Nacional de Estadística. En septiembre de 1981, los arrendadores comunican por primera vez al Banco las rentas resultantes de las revisiones pactadas. El Banco se opone, al considerar que los porcentajes de incremento deben aplicarse sobre la renta pactada, y no sobre la acumulada como pretenden los arrendadores. En la demanda interpuesta por los tres hermanos, el Juzgado de Primera Instancia falla a favor de los mismos, señalando que la renta de referencia es la inicialmente pactada de 35.000 pesetas, pronunciamiento que es revocado en la Audiencia, que estima la renta acumulada como la cuantía a tomar en consideración para aplicar los porcentajes de incremento. El Banco interpone recurso de casación y el TS declara haber lugar al mismo. (I. G. F.-D.)

26. Definición de cultivador personal a los efectos de acceder a la propiedad de finca rústica arrendada.—Es procedente determinar que la parte actora y, ahora recurrida, sobre la cual no existe la más mínima duda de que reúne en su persona la cualificación necesaria para ser estimada como cultivadora personal con absoluta dedicación a las tareas del campo, y así se desprende del *factum* de la sentencia recurrida, situación ésta que ni siquiera ha sido rebatida por la parte oponente, que ha centrado casi todo su esfuerzo en demostrar que el esposo de la misma, y del que dicha parte recurrida en casación trae causa arrendaticia, es el que no reúne tal condición. En relación con lo cual, hay que destacar que del artículo 16 LAR surge una definición de la figura del cultivador personal, que exige, como requisito *sine qua non*, la llevanza de la explotación de una finca agrícola por sí o con ayuda de los familiares que con él conviven, o de asalariados, pero, con carácter excepcional. Ahora bien, dicha llevanza exclusivista ha sido matizada por jurisprudencia de esta Sala, en el sentido de que una persona no pierde tal carácter de cultivador personal por el hecho de desempeñar otra actividad, siempre que la misma no desvirtúe totalmente el carácter legal y real de cultivador personal (SS de esta Sala de 23 de junio de 1988 y 13 de diciembre de 1993).

Pues bien, esta figura es perfectamente aplicable no sólo, se vuelve a repetir, a la parte actora y, ahora, recurrida, sino también a su esposo, del cual aparece como subrogado en el arrendamiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 73 de la referida Ley agraria. Se dice lo anterior con base a los siguientes datos destacados como probados en la sentencia recurrida: *a)* que en la fecha de tal subrogación el marido de la actora reunía todas las características esenciales para ser determinado como cultivador personal, puesto que en dicho instante había dejado ya de trabajar en una empresa industrial; *b)* que la esposa, en todo momento, tuvo dicho carácter de dedicación exclusiva para la explotación de la parcela agrícola en cuestión.

La jurisprudencia invocable en casación ha de ser reiterada y procedente de la Sala Primera.—En efecto, hay que determinar que la presunta infracción de normas de Derecho administrativo, así como de disposiciones de naturaleza reglamentaria, presupone el fracaso del motivo de recurso, por ellas fundamentado, como específica y concreta una doctrina, ya pacífica y consolidada, emanada de numerosas sentencias de esta Sala Primera (SS de 26 de septiembre de 1963, 26 de abril de 1967, 16 de marzo de 1987, y 9 de julio y 7 de diciembre de 1993, entre otras). Asimismo es procedente manifestar que la jurisprudencia de esta Sala tiene advertido que la jurisprudencia invocable en casación ha de ser reiterada y procedente de la Sala Primera (SS de 22 de diciembre de 1969, 5 de mayo de 1970, 25 de marzo de 1976, 15 de febrero de 1982, entre otras), puesto que las sentencias de otras Salas del Tribunal solamente pueden tener un valor o estimación meramente de referencia.

De todo lo anterior se puede comprender la pérdida total de eficacia del motivo alegado, puesto que la legislación esencial alegada tiene su sede exclusiva y esencial en el denominado Derecho administrativo, en concreto en su área de Derecho urbanístico, o son normas de carácter reglamentario, sin que quepa duda sobre el origen de las sentencias alegadas. Es más, y tomando en consideración el artículo 7.1.1.ª LAR, hay que determinar la inaplicabilidad del mismo a la presente contienda judicial, desde el instante mismo que es un hecho probado y no desmentido en la sentencia recurrida, que la totalidad del caserío en donde está la parcela en cuestión tiene la calificación administrativa de suelo no urbanizable, y que en dichos terrenos únicamente se permite la construcción de un edificio para uso de vivienda afecta a una explotación agrícola o ganadera, adscrita a una superficie de unas hectáreas y, además, que en dicho suelo están prohibidos los usos de carácter urbano o industrial, siéndole únicamente aplicable las normas subsidiarias de Planeamiento aprobadas, con carácter definitivo, por la Diputación Foral de Guipúzcoa con fecha 19 de julio de 1990. **(STS de 26 de septiembre de 1997; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se interpone demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bergara, para solicitar se declare el derecho de la actora a acceder a la propiedad de un caserío y sus pertenecidos, debiendo abonar una cantidad en metálico a las demandadas, que deberían otorgar en favor de la demandante escritura pública acreditativa de dicha venta. Una de las demandadas, en contestación a la demandada, solicita la desestimación de la misma; la otra demandada, mediante reconvencción, suplica que se proceda a la resolución del contrato de arrendamiento que hubiera existido entre las partes litigantes en relación con la finca litigiosa, ordenando a la parte actora, y a quienes con ella convivan, dejar libre y expedita la citada finca. El Juzgado de Primera Instancia, estimando la demanda, declara el derecho de la parte actora a acceder a la propiedad litigiosa, imponiendo a las demandadas la obligación de otorgar escritura de compraventa, al tiempo que se desestima íntegramente la demanda deducida por vía reconvenccional, y condenado al pago de costas a la parte demandada.

Se promueve recurso de apelación por la parte demandada, ante la Audiencia Provincial de San Sebastián, que estimando parcialmente dicho recurso confirma la sentencia dictada en primera instancia, si bien deja sin efecto la expresa imposición de costas al demandado reconveniente. Recurrida la sentencia en casación ante el TS por las demandadas, se declara por este Tribunal no haber lugar al recurso, imponiendo el pago de las costas procesales a la parte recurrente. *(A. I. H. O.)*

27. Arrendamientos rústicos. Contratos excluidos de la Ley. Interpretación del artículo 7.1.3.º LAR.—La circunstancia tercera del artículo 7.1 LAR, por la que a aquellas fincas que tengan un valor en venta superior al doble del precio normalmente correspondiente a las de igual calidad o cultivo en la comarca o zona, por razones ajenas al destino agrario, no se les aplicará las normas de esta Ley, debe ser interpretada en el sentido de que su concurrencia no determina por sí sola la extinción de la relación arrendaticia, sino exclusivamente la imposibilidad de «ejercitar el derecho de acceso a la propiedad del modo regulado en la Ley especial».

Arrendamientos rústicos. Contratos excluidos de la Ley. Apreciación de las circunstancias previstas en el artículo 7.1.3.º LAR.—La apreciación de tales circunstancias es una cuestión fáctica sometida a la potestad del órgano jurisdiccional a la vista de las pruebas practicadas. (STS de 22 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña C. C. C., arrendataria en virtud de arrendamiento anterior a 1935, con la condición de cultivadora personal, de dos fincas rústicas, promovió juicio de cognición especial de arrendamientos rústicos, sobre adquisición forzosa de fincas de tal carácter, contra doña M. L. C. C. y la comunidad hereditaria de don R. C. N., la cual fue declarada en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia, tras considerar hechos probados que los predios se encontraban situados en una zona eminentemente turística, costera y bien comunicada, en un núcleo rural calificado como de tipología media, donde se podía edificar, así como que, dada su ubicación, su valor en venta era superior al doble del precio que normalmente correspondía a las de su misma calidad, desestimó la demanda; sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial. La demandante recurrió en casación. (A. G. G.)

28. Determinación de la cuantía del litigio.—En los procesos arrendaticios rústicos que hayan de tramitarse por las normas del juicio de cognición, de acuerdo con el artículo 131 LAR, la clase de juicio no viene determinada por la cuantía del pleito, sino por la materia del mismo, de tal manera que, no estando comprendidos en los artículos precedentes al 131 todas las demandas sobre acceso a la propiedad, habrán de tramitarse por las normas del juicio de cognición, cualquiera que sea la cuantía del litigio y el criterio seguido para su determinación.

Forma de determinación del precio de las fincas.—La forma de determinación del precio a pagar por el arrendatario ha de ser establecida por el juzgador, atendiendo a los criterios legales que estime de aplicación al caso, sin que esté vinculado por las alegaciones o peticiones que sobre ello formulen las partes, siendo innecesario que se haga mención a los preceptos legales que regulan la fijación del precio en el *petitum* del escrito iniciador del proceso.

Valoración de las fincas.—El acceso a la propiedad no puede suponer un enriquecimiento para el arrendatario, con el paralelo empobrecimiento del arrendador; por ello, éste ha de percibir el precio justo, que es el que representa el equivalente económico del bien que se pierde, es decir, aquel que sea suficiente para adquirir otro análogo al que en virtud del ejercicio del derecho de acceso sale del patrimonio del arrendador, de forma que éste mantenga el equilibrio económico en cuanto que el predio que sale de él, lo reemplace o sustituya su valor real, sin que en consecuencia se produzca un enriquecimiento o un empobrecimiento del arrendatario. La norma fundamental para la determinación de ese precio justo es el artículo 39 LEF, si bien puede acudir el órgano judicial encargado de la valoración a otros criterios.

No vulneración del principio de igualdad.—Fundadas las normas reguladoras del acceso a la propiedad de las fincas arrendadas por los arrendatarios en evidentes razones de interés social, y establecidos con criterios objetivos los supuestos en que los arrendatarios pueden ejercitar ese derecho, sin que en los preceptos legales se establezca diferenciación alguna de trato por razones personales u objetivas entre los arrendamientos a que se extiende su aplicación, y no pudiendo afirmarse que del ejercicio de ese derecho, se deriven consecuencias gravosas o desmedidas para el arrendador, que se ve privado de su propiedad, al establecerse los cauces adecuados para obtener la adecuada compensación en forma de precio, la sentencia que aplica tales preceptos no infringe el principio de igualdad sancionado en el artículo 14 CE.

Irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas.—La irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales no es aplicable en las relaciones obligacionales de carácter bilateral, ya que lo que es restricción del derecho de una parte supone ampliación de la esfera jurídica de la contraria, lo que priva a la norma del carácter exclusivamente restrictivo. (STS de 24 de octubre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante solicita que se declare su derecho, en su calidad de arrendatario rústico, al acceso a la propiedad de determinadas fincas, a cambio del pago al contado y en metálico del precio que para dichas fincas se determine. En primera instancia y en apelación se estima la demanda. (M. C. P. A.)

29. Constitucionalidad del derecho al acceso a la propiedad en los arrendamientos rústicos históricos.—La declaración jurisdiccional del derecho de adquisición forzosa en modo alguno roza el contenido del artículo 33 CE, precepto que no sólo no supone obstáculo alguno para las modalidades expropiatorias habilitadas por ley especial sino que constitucionaliza, al lado de la utilidad pública, el interés social como causa justificante de la privación forzosa de la propiedad. El ejercicio del derecho de acceso a la propiedad en los llamados «arrendamientos históricos» puede considerarse como una adquisición forzosa de carácter similar a la expropiación (*sic*) fundada en el interés social y plenamente autorizada por el párrafo tercero del mencionado precepto constitucional, que legitima la privación de bienes y derechos por causa justificada de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Hay que tener en cuenta, además, que la LAR es posterior a la Constitución y sólo el TC puede declarar su inconstitucionalidad.

Hechos probados en la instancia.—En casación cabe la posibilidad de valorar jurídicamente los hechos estimados acreditados en la instancia, pero ello no autoriza a prescindir de tales hechos ni permite realizar un examen del resultado probatorio. La discusión sobre los hechos que estima acreditados la sentencia de instancia es algo vedado en casación, como es sustituir al Tribunal de instancia, en su función valorativa de la prueba, para obtener conclusiones distintas, haciendo de la casación una instancia.

Cuestión nueva en casación.—No es procedente el planteamiento de cuestiones nuevas en casación, ya que lo contrario originaría una flagrante indefensión de la parte contraria, a quien por este medio se privaría de su derecho de alegar y formular la prueba que estime oportuna y pertinente. (STS de 11 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.— El demandante ejercita acción de declaración del derecho al acceso a la propiedad de la finca de que es arrendatario, al amparo de la DT 1.ª, regla tercera, en relación con el artículo 98.1,

entonces vigente, de la LAR de 31 de diciembre de 1980. Las sentencias de instancia consideran probada la concurrencia de los requisitos necesarios para que se aplique el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario de contrato de arrendamiento anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, que se haya perdido memoria del tiempo por el que se concertó y que se trate de cultivador personal. El demandado interpone recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián. (*M. C. P. A.*)

30. Novación extintiva por cambio de sujeto.—La jurisprudencia de la Sala entiende que existe voluntad novatoria en el contrato de arrendamiento rústico y, por consiguiente, sustitución del mismo, sin necesidad de que conste expresamente su novación, cuando en forma sustancial, se alteran los dos elementos más esenciales del arrendamiento, como son el objeto y la renta, e incluso, la notoria modificación de una sola de estas circunstancias, cuando se ofrece con caracteres muy acusados, puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo, especialmente cuando tal novación se relaciona con la pérdida de derechos adquiridos por el arrendatario, según su contrato primitivo o novado con alcance simplemente modificativo, es decir, tal doctrina jurisprudencial está contemplando supuestos de novación objetiva, no de novación subjetiva.

Determinación del momento inicial y final de vigencia del contrato.—La fijación en el contrato del momento inicial de su vigencia y el final de su extinción hace inaplicable la regla 3.ª de la DT 1.ª de la LAR de 31 de diciembre de 1980. (**STS de 15 de diciembre de 1997**; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda sobre acceso a la propiedad de fincas rústicas por el arrendatario, el problema que se plantea es si la existencia de una modificación subjetiva de la persona del arrendador constituye una modificación extintiva de precedentes contratos, con las consecuencias que de ello se derivarían en relación a la fecha del contrato y por tanto a la aplicabilidad del derecho de acceso a la propiedad. Declarado el derecho de acceso a la propiedad en primera instancia y en apelación, el dueño recurre en casación. (*M. C. P. A.*)

31. Determinación de la cuantía del litigio.—En los pleitos de acceso a la propiedad la cuantía no determina la clase de proceso a seguir, sino que viene impuesto en relación a la materia, procediendo el juicio de cognición, ya que el precepto 131 de la Ley de 31 de diciembre de 1980 así lo establece, pues no se trata de juicio comprendido en los artículos anteriores.

Irretroactividad de la Ley 1/1992 de arrendamientos rústicos históricos: aplicación a la valoración de las fincas.—La referida Ley no tiene efectos retroactivos, pues no contiene esta declaración. La Ley de Arrendamientos Históricos de 1992 representa una innovación radical, pero solamente ha de aplicarse desde su vigencia a las situaciones que entonces se produzcan y con ello las previsiones que contiene, con la dinámica que establece su artículo 2, pues, al no entrar en juego el artículo 98, que modifica la fijación del precio, se otorga a las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, con la posibilidad de su constitución en las Comunidades Autónomas de Juntas de ámbito provincial, supeditado el ejercicio del derecho facultativo de acceso a la propiedad por los arrendatarios comprendidos en el párrafo primero del artículo 2, con observancia del nuevo sistema valorativo que se instaura.

Calificación del arrendamiento como histórico.—En relación a los arrendamientos rústicos de fecha cierta inicial, a efectos de su calificación como históri-

cos y hacer aplicables las normas correspondientes, aunque conste determinada la fecha en que se concertó el contrato, no es obstáculo para el éxito de la acción de acceso a la propiedad, concurriendo los demás requisitos legales. **(STS de 30 de octubre de 1997; ha lugar.)**

HECHOS.—El demandante reclama el acceso a la propiedad de determinadas fincas en su calidad de arrendatario rústico. El punto discutido se centra fundamentalmente en la fecha del arrendamiento, relevante a efectos de otorgar o denegar tal derecho de acceso a la propiedad. Declarada la procedencia de tal derecho en primera instancia y apelación, el dueño-arrendador recurre en casación. *(M. C. P. A.)*

32. Contrato de obra. Precio alzado. Posibilidad de modificar el precio de la obra.—El TS (SSTS de 4 de septiembre de 1993 y 13 de diciembre de 1994) ha declarado que aunque se pacte, en un principio, un precio alzado, ello no impide la posibilidad de modificaciones posteriores que alteren o aumenten la obra, debiendo efectuarse el pago según la obra ejecutada. El artículo 1593 CC admite la revisión del precio en los contratos de ejecución de obra, por ser un pacto lícito que resulta de la voluntad de los contratantes, cuando exista modificación de las obras a realizar. La necesaria autorización del propietario para alterar o aumentar la obra (art. 1593 *in fine* CC) no debe reunir una determinada forma, no es necesario que conste por escrito (STS de 13 de marzo de 1971), valiendo la autorización verbal (SSTS de 31 de enero de 1967 y 31 de julio de 1993), la tácita (SSTS de 26 de diciembre de 1979 y 22 de junio de 1992), siempre que se acredite su existencia (STS de 31 de octubre de 1980) por cualquiera de los medios probatorios admitidos en nuestro Derecho (SSTS de 17 de diciembre de 1980 y 31 de marzo de 1982). Asimismo, se entiende como autorización tácita el haberse realizado el exceso de las obras sin la oposición del propietario (SSTS de 2 de diciembre de 1985 y 28 de febrero de 1986).

Contrato de obra. Cláusula penal.—Reiterada jurisprudencia del TS (SSTS de 7 de diciembre de 1959, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969 y 16 de septiembre de 1986) afirma que la cláusula penal pactada en un contrato sólo puede aplicarse si, una vez establecida, sigue vigente en el momento de producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado las circunstancias para las que se pactó, en cuyo caso la cláusula penal pierde su eficacia. Por todo ello, señala que cuando se hayan producido modificaciones en la obra, que impliquen un plazo de ejecución mayor, la cláusula penal pactada no será aplicable.

Cláusula penal. Interpretación restrictiva.—El TS (STS de 8 de febrero de 1993) mantiene que las cláusulas penales deben interpretarse con criterio restrictivo. **(STS de 25 de noviembre de 1997; no ha lugar.)**

HECHOS.—Se suscribe contrato de ejecución de obra por un ajuste alzado. En virtud de dicho contrato el contratista se obligaba a poner su industria y el material. También se pactó por las partes una cláusula penal para el caso de retraso en la entrega de la obra. Posteriormente se pactaron (por el contratista y los propietarios) diversas modificaciones en el proyecto de obra, que implicaron un aumento de las obras y del precio de las mismas.

El contratista interpuso demanda contra los propietarios, suplicando se condene a los demandados al pago de determinada cantidad de dinero y a abonar una indemnización por daños y perjuicios. Los demandados formularon reconvencción, en la que se solicitaba, entre otras cosas, la desestimación de la demanda, el pago por el contratista,

en concepto de cláusula penal, de determinada cantidad de dinero y la realización de las obras pendientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y estimó también de forma parcial la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

33. Responsabilidad decenal solidaria. Creación jurisprudencial.—El TS mantiene en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 28 de octubre de 1989, 20 de abril de 1992, 20 de junio de 1995 y 29 de mayo de 1997) que la responsabilidad decenal (art. 1591 CC), de carácter solidario, sólo se aplica cuando no es posible determinar la proporción, grado o participación que cada uno de los agentes de la construcción ha tenido en la producción de la ruina. Asimismo, señala que la responsabilidad decenal solidaria no tiene origen convencional, sino que se trata de una creación jurisprudencial.

Comunidad de Propietarios. Legitimación del Presidente para la defensa de diversos intereses.—La jurisprudencia del TS (SSTS de 2 de octubre de 1992, 22 de octubre y 9 de noviembre de 1993 y 10 de mayo de 1995) afirma que las facultades representativas del Presidente de una Comunidad de Propietarios se extienden no sólo a la defensa de intereses relacionados con elementos comunes, sino también, cuando los propietarios le autorizan para ello, a la defensa de intereses relacionados con elementos privativos. La STS de 3 de marzo de 1993 señala que los Presidentes de las Comunidades de Propietarios están investidos de mandato suficiente para la defensa en juicio y fuera de él de los intereses complejos de toda la Comunidad de Propietarios, salvo que exista una oposición expresa y formal. (**STS de 22 de noviembre de 1997**; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Como consecuencia de la ruina de un edificio por vicios de la construcción, el Presidente de la Comunidad de Propietarios del citado edificio y diversos copropietarios del mismo, interpusieron demanda, entre otros, contra los arquitectos-directores, la empresa constructora y el arquitecto-técnico, suplicando, se condenase a los demandados, en forma solidaria, a reparar todos los desperfectos y vicios ruinógenos que sufría el edificio, así como al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios producidos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por los demandantes y la empresa constructora (codemandada), desestimando el resto de recursos interpuestos. El TS estimó parcialmente el recurso de casación de la empresa constructora (codemandada) y declaró no haber lugar a los respectivos recursos de casación que interpusieron dos de los codemandados. (*M. J. P. G.*)

34. Responsabilidad decenal. Personas responsables. Interpretación jurisprudencial.—Del tenor literal del artículo 1591 CC se deduce que las responsabilidades que se derivan del mencionado precepto, pueden atribuirse, según los casos, a los arquitectos o a los constructores. Sin embargo, la jurisprudencia del TS, en relación con el artículo 1591 CC, ha manifestado, en reiteradas ocasiones, que no sólo se pueden pedir responsabilidades a esas dos clases de sujetos, sino que también pueden exigirse responsabilidades a otros técnicos directores de las obras (equiparación al concepto de arquitecto) y al promotor de la obra (equiparación al concepto de constructor). (**STS de 19 de noviembre de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Al poco tiempo de la construcción de un edificio, surgen diversos desperfectos en su estructura. Como consecuencia de ello, la Comunidad de Propietarios del citado edificio, interpone demanda contra el constructor, el arquitecto y el aparejador, suplicando se declare la responsabilidad solidaria de los codemandados por los vicios del edificio y se les condene a abonar el importe de los daños y perjuicios ocasionados; o bien alternativamente se declare la responsabilidad individualizada de cada uno de los tres codemandados, o de alguno de ellos y se les condene a pagar, en la proporción que se establezca, el importe a que asciendan los daños y perjuicios producidos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

35. Responsabilidad por vicios ruinógenos.—No es posible sostener que para desvirtuar la conducta infractora de incumplimiento por parte de la recurrente, basta, sin más, con apoyarse en el genérico artículo 1101 CC, y decir que no se ha incurrido por parte de la misma en ninguna de las causas contraventoras de la vinculación contractual y, sobre todo, tratar de demostrarlo con la prueba documental y pericial, que incorporadas en autos, no sólo fueron apreciadas por la Sala sino que, además, eso, es un medio inidóneo para articular el motivo en los términos en que está planteado, con lo cual, y habida cuenta que en materia de incumplimiento de lo estipulado en el contrato debe prevalecer, salvo una impugnación en forma, la convicción obtenida por parte de la Sala sentenciadora, entre otras, en S de 20 de julio de 1996, se decía: «... siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía; el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnabile por el núm. 4 del artículo 1692 LEC (tras la reforma de la Ley 10/1992, de 30 de abril, como error de hecho en la apreciación de la prueba), pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (STS de 10 de marzo de 1983), pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983), bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento (SS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985); se reitera, en definitiva, que el incumplimiento acreditado como tal hecho o conducta de la recurrente, por la sentencia de la Sala *a quo* comporta una auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado». (STS de 9 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *C. N., Sociedad Limitada* (constructora), formuló demanda en la cual se solicitaba que se dictara sentencia por la que se condene a los codemandados don M. R. M. y doña J. B. L., dueños de la obra, a abonar a la parte actora la suma de 8.221.444 pesetas, no satisfechas por parte del costo y aumento de obra ejecutada. Los demandados se opusieron y formularon reconvencción para que se les abonase las indemnizaciones correspondientes en la suma de 14.112.000 pesetas, coste de las reparaciones necesarias para que la estructura tenga la solidez necesaria. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a los codemandados a pagar a la sociedad actora la cantidad de 7.645.648 pesetas y, estimando la reconvencción, condena a dicha sociedad a realizar a su costa las obras necesarias para dotar de solidez a la obra ejecuta-

da. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte actora, en el que se resuelve revocar la resolución recurrida, condenando por un lado, a la entidad mercantil a que realice las obras correctoras precisas que se especifican en el informe pericial del Ingeniero de Caminos, cuyo coste será soportado en un 50 por 100 por la propiedad de las obras, y por otro, a don M. R. M. y a doña J. B. L. a que una vez efectuadas las mismas abonen a *C. N., Sociedad Limitada*, la cantidad de 6.826.472 pesetas, más el IVA correspondiente. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (*O. M. B.*)

36. Interpretación extensiva del término «edificio» utilizado en el artículo 1591 CC.—El artículo 1591 CC hace mención a un edificio, cuyo concepto jurídico debe entenderse en sentido amplio, de conformidad con los artículos 389, 391, 1907 y 1908 CC, como ha declarado esta Sala al precisar que aquel precepto alcanza no sólo a las nuevas construcciones, sino también a todas las que, por su importancia o transcendencia, suponga la transformación de otras subsistentes.

Presupuestos necesarios para considerar que existe un «edificio» a los efectos de aplicar el artículo 1591 CC.—En general, existe coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica en dicha materia y ambas entienden que habrá de tratarse de una obra inmueble por naturaleza o destino; plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de otra subsistente; estar destinada a una duración razonablemente larga; y, por último, poseer como objetivo la habitación humana, u otro similar.

Además, el texto legal no se refiere sólo a las nuevas construcciones, por lo que como se ha expresado, las obras de refacción o reparación de un edificio preexistente están también incluidas en la definición, la cual es una solución adecuada, dado que la reparación defectuosa puede también ocasionar la ruina.

Defectos en la construcción considerados ruinosos y generadores de responsabilidad al amparo del artículo 1591 CC.—La responsabilidad regida por el párrafo primero del artículo 1591 CC abarca objetivamente a los *viti in aedificatione* originarios, siempre que se revelen dentro de los diez años y si alcanzan la calificación de graves, aunque el inmueble no quede convertido material o propiamente en ruinas ni comprometida su estabilidad, conceptuándose vicios graves todos aquellos defectos constructivos que por exceder de las meras o simples imperfecciones entrañen una suerte de ruina potencial que haga temer por su pérdida futura y aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia —ruina funcional de las SSTS de 21 de abril de 1981, 8 de febrero de 1982 y 17 de febrero de 1984—, aunque la ruina así considerada no afecte al edificio en su totalidad y se limite a una de sus partes esenciales, afectando bien a su solidez o a su utilidad, por cuanto la extensión del concepto se ha deslizado sobre las dos líneas de equiparar solidez y utilidad exigiéndolas de la totalidad y de cada una de sus partes. (**STS de 17 de diciembre de 1997**; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores demandaron a la constructora y al arquitecto por defectos en la construcción de un edificio y solicitaron que se les condenara de manera solidaria a subsanar todos los defectos en la edificación. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, pues aunque se admitió la existencia de todos los defectos alegados en la edificación, sin embargo, no se estimó que la responsabilidad de los demandados fuera solidaria sino que se consideró que era en un 10 por 100 del arquitecto y el 90 por 100 restante de la empresa constructora. Apelada la sentencia por la empresa constructora, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La misma empresa interpuso recurso de casación. (*E. S. M.*)

37. Presupuestos procesales necesarios para exigir responsabilidad por la construcción de edificaciones.—La jurisprudencia interpretativa del artículo 1591 CC ha determinado, en diversas sentencias, que en caso de duda aquella responsabilidad, tendría un carácter solidario entre el contratista y el director técnico de la obra, pero en ningún caso tal responsabilidad alcanzaría al consumidor o adquirente de la obra, totalmente ajeno al desarrollo de la misma, pues ni intervinieron en la elaboración de los planos o proyectos, ni en la ejecución de los trabajos de construcción, ni tampoco suministraron material alguno a la obra. En esta línea de interpretación del artículo 1591 CC, no cabe incluir el pronunciamiento contenido en la sentencia que se recurre, en la cual se imputa al recurrente la responsabilidad de los vicios de construcción de que adolecía la nave de autos. Dada la forma en que fue planteada la *litis* en virtud del escrito de demanda, no era posible dilucidar en este procedimiento la cuestión de la responsabilidad de aquellos vicios de construcción, que motivaron la ruina del edificio, y así vemos que no se ha llamado y, en consecuencia, no ha comparecido, la dirección técnica o profesional que elaboró los planos, que forzosamente en un pleito de tales características había de haber sido demandado.

La obligación de pagar la obra no puede confundirse con la eventual posibilidad de poder exigir responsabilidad como consecuencia de los defectos en la construcción de la obra.—El importe de la reparación de los defectos debiera haber correspondido al profesional que elaboró los planos y proyectos de la nave en cuestión, quien, en un pleito de las características de autos, tenía que haber sido demandado, toda vez que dicho particular no fue objeto, en su momento, de alegación alguna por la parte demandada, pero es que, además, ello supone olvidar que la ejecución de la obra fue convenida entre la mercantil actora y los demandados, lo que determinaba que la demanda tenía que dirigirse contra el dueño de la obra ante el incumplimiento de la obligación del pago de la misma, sin perjuicio, en su caso, de las acciones que pudieran corresponder al dueño de la obra contra el mencionado profesional.

Las obras de reparación no pueden equipararse a un posible aumento de la obra convenida.—Unas obras obligadas de reparación, necesarias y forzadas a fin de evitar la ruina del edificio, en absoluto pueden equipararse a aquellas a que se refiere el artículo 1593 CC cuando habla de aumento de obra, libremente convenido entre las partes, por lo que no procede imputar al recurrente el coste adicional de dichas obras, cual si se tratara de un aumento del volumen de obra libremente convenido y consentido por las partes... De cualquier forma el precepto contempla la realización de una única obra modificada en el curso de su ejecución, cosa que no ocurrió en el supuesto litigioso, en cuanto que los hechos acreditados ponen de manifiesto la realización de dos obras distintas, por más que se efectuasen con un intervalo de cerca de un año entre una y otra, referida la primera a la inicialmente convenida, y la segunda a la reparación de las deficiencias observadas. (STS de 20 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa constructora de una nave para uso de tareas agrícolas demandó a los dueños de la misma por impago del pago pactado en el contrato de ejecución de obra. Para la construcción de la nave se utilizaron los planos y proyectos que los dueños de la obra habían suministrado a la empresa constructora. Esta pretensión fue objeto de reconvencción por los demandados que solicitaron que la empresa fuese condenada al pago del importe de las reparaciones, así como de los daños y desperfectos que la referida construcción sufría. En primera instancia, la demanda principal fue estimada íntegramente y desestimadas todas las pretensiones de la reconvenccional. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial sólo revocó parcialmen-

te la sentencia en un único punto particular concerniente a las costas del proceso. La parte demandante reconvenional recurrió en casa-ción. (E. S. M.)

38. Interpretación a sensu contrario del artículo 1717 CC.—Señala la sentencia que conducido un negocio jurídico «en nombre del representado, el efecto jurídico en su totalidad afecta directa y exclusivamente a este último, y será él quien haya de soportar las consecuencias tanto adversas como favorables, y nadie está facultado para comparecer en un proceso a soportar una acción ajena, salvo en los casos de incapacidad de la persona física o de imposibilidad de la persona jurídica en que se produce la representación legal, pudiendo existir también una representación voluntaria que puede habilitar para actuar en calidad de parte procesal, precisando, en estos casos, un poder expreso del representante al representado, poder que en el caso de autos ni existe ni tan siquiera se aduce como habilitante a los efectos contemplados».

Tratamiento procesal de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—La sentencia recurrida acoge las soluciones más recientes de la jurisprudencia de esta Sala al apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. En efecto, el tratamiento procesal de la referida excepción ha experimentado matización jurisprudencial a partir de la sentencia de 22 de julio de 1991, reiterada en las de 14 de mayo de 1992 y 18 de marzo de 1993, recogiendo la primera que la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, en realidad no afecta a la validez intrínseca de la expresada relación, sino a la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una *quaestio iuris*, a saber la ineptitud del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye las consecuencias jurídicas que se pretenden; en otras palabras su idoneidad jurídica, pese a ser parte capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo (exclusivamente) de la relación material deducida».

Añade la sentencia de 14 de mayo de 1992 que «en el Derecho actual, según proclaman sentencias de esta Sala, el defecto litisconsorcio puede ser corregido, mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto, puede utilizarse la comparecencia obligatoria del artículo 693 LEC, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución de la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación».

La sentencia de 18 de marzo de 1993, añade a su vez que de acuerdo con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido constitucionalmente (art. 24 CE), y con la prohibición de encubrir cualquier *non liquet* sobre el fondo por requisitos de forma que pueden ser sanados (art. 113 LOPJ) recoge el tratamiento que hoy se da por la jurisprudencia a esta excepción, a cuyo efecto recuerda la doctrina contenida en la sentencia de 22 de julio de 1991, que reitera: la apreciación de la falta de litisconsorcio necesario en el curso del proceso, dada la estructura del modelo tipo de la LEC, el juicio ordinario de mayor cuantía, y la misma naturaleza de la excepción íntimamente ligada al tema de fondo, por regla general, ha de resolverse como cuestión previa, mas en la sentencia; pero después de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide, y así resulta aconsejable cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de comparecencia (art. 693) se proceda a salvar las carencias de este presupuesto preliminar a la entrada de fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez. (STS de 21 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La pretensión que se acciona consiste en el ejercicio de un derecho de opción de compra sobre una sexta cuota de la propiedad de determinada finca, que se vincula a otras declaraciones acerca de la vigencia del derecho de opción para ejercitarlo «sobre las restantes cinco sextas partes de la finca en los tiempos previstos en el contrato», junto con otras complementarias. La referida finca pertenece *pro indiviso* a varias personas, dirigiéndose la demanda que introduce el objeto litigioso contra don G. N. R., la esposa de éste, y la compañía mercantil *Dido, S. A.*, señalando textualmente que «las acciones que se ejercitan en la misma se dirigen contra el primero de los demandados en su propio nombre y, además, como representante de doña R. C. N. y de la compañía mercantil *Sirius, S. A.*». El demandado Sr. N. y su esposa formularon demanda reconvenzional actuando en su propio nombre y derecho, no como representantes del resto de los demandados, aduciendo falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que no han sido demandadas todas aquellas personas que contrajeron derechos y obligaciones en el contrato de que aquélla trae causa, reconociendo que el Sr. N. R. actuó en el contrato, además, en su nombre propio y derecho con el consentimiento de su esposa, como mandatario o representante y representante legal de doña R. C. N. y de *Sirius, S. A.*, por lo que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato corresponden a los mandantes y no al mandatario, y aquéllos deben cumplir y ejercitar las obligaciones y derechos surgidos del mismo. Dicha representación únicamente aparece acreditada por la referencias hechas por el Sr. N. R. El Juzgado de Primera Instancia, previa estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestima la demanda, criterio que es mantenido por la Audiencia Provincial y el TS. (A. G. B.)

39. Sociedad civil irregular. Relaciones internas de los socios. Normativa aplicable.—El TS (SSTS de 11 de marzo de 1988 y 3 de enero de 1992) afirma que, conforme al párrafo segundo del artículo 1669 CC, las relaciones internas de los socios de una sociedad civil irregular durante su vigencia, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 a 406 CC).

Sociedad civil irregular. Disolución y liquidación. Normativa aplicable.—El TS (SSTS de 11 de marzo de 1988 y 3 de enero de 1992) mantiene que la disolución y liquidación de una sociedad civil irregular debe efectuarse conforme a las normas de la partición de la herencia contenidas en el CC. (STS de 14 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos y sus respectivas esposas constituyen una sociedad civil irregular sobre un taller de ebanistería, siendo bienes de dicha sociedad diversas máquinas y enseres, así como un inmueble. Uno de los hermanos figura como titular del negocio frente a terceros, mientras que el otro aparece como trabajador del mencionado taller.

El hermano que aparece como trabajador del taller de ebanistería y su esposa interponen demanda contra su hermano (socio en la citada sociedad) y su cónyuge, suplicando, entre otras cosas, la declaración de que el matrimonio demandante es propietario de la mitad indivisa de todos los bienes que se relacionan en la demanda, así como que se reconozca el derecho de los demandantes a no permanecer en la comunidad de bienes y a solicitar la cesación, división y partición de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, estimando en parte la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

Secretario del Consejo de Administración, concertándose la fianza sin límite temporal ni cuantitativo, como garantía del conjunto de negocios u operaciones, supuesto distinto al contemplado en el artículo 1851 CC (S de 7 de enero de 1981), puesto que requiere un inequívoco aplazamiento, que no se produce cuando la garantía concierne –como en el caso– a operaciones indefinidas y futuras (S de 31 de octubre de 1985).

Existencia de solidaridad aunque no se haya establecido de forma expresa en la relación obligatoria.—Ante la jurisprudencia que ha atenuado el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC, no exigiendo para admitir y sentar la solidaridad que se emplee ese término, bastando que aparezca la voluntad en tal sentido, aun sin constancia expresa ni escrita o faltando la expresión literal, atendidas las características de la obligación y garantía de los perjudicados, sobre todo cuando, como en el caso, existen conexión entre los cofiadores entre sí y el deudor garantizado (únicos accionistas de la sociedad; Presidente y Secretario de su Consejo de Administración), lo que le impide dar la vuelta a lo admitido. **(STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)**

HECHOS.—La parte actora ejerció acción contra los demandados solicitando que se les condenase a pagar la cantidad debida por los suministros verificados a la empresa, de la que los demandados eran Presidente y Secretario del Consejo de Administración y en la actualidad únicos socios, y que, además, habían prestado fianza indefinida y solidaria, con renuncia al derecho de excusión de todas las operaciones de compraventa entre su empresa y la empresa demandante. En las dos primeras instancias se les condenó a los demandados al pago solidario de las cantidades solicitadas por la parte demandante. Los demandados interpusieron recurso de casación. *(E. S. M.)*

42. Responsabilidad extracontractual: el requisito de la culpabilidad.—La causa determinante de las inundaciones ocasionadas fue la imprudente actuación de la entidad recurrente y no las adversas condiciones atmosféricas, por lo que estas últimas no destruyen la tesis culpabilística, que se apoya en la constatada conducta de falta de precauciones y cuidados (SSTS de 8 de octubre y de 27 y 31 de diciembre de 1996).

Fuerza mayor: presupuestos. Apreciación en casación.—La fuerza mayor, a los efectos del artículo 1105 CC, exige que el evento decisivo proceda exclusivamente de un acaecimiento impuesto y no previsto ni previsible, insuperable e inevitable por su ajenidad y sin intervención de culpa alguna del agente demandado.

La apreciación jurídica de la fuerza mayor no se sustrae a las facultades juzgadoras del Tribunal de casación, en cuanto se alega para eludir la satisfacción de las responsabilidades en que se hubiera incurrido, exigiendo una prueba cumplida y satisfactoria.

Prueba pericial: cuándo puede apreciarse en casación.—La valoración de este tipo de prueba no es susceptible de impugnación en casación, a menos que sea contradictoria en sus conclusiones y no se ajuste a la racionalidad y elementales directrices de la lógica (SSTS de 25 de noviembre de 1991, 28 de abril y 11 de octubre de 1994 y 17 de mayo de 1995, entre otras), lo que no acontece aquí, por no concurrir acreditados fallos deductivos. **(STS de 28 de diciembre de 1997; no ha lugar.)**

HECHOS.—Debido a la ejecución de unas obras para la instalación de un gaseoducto se produjeron importantes inundaciones en las fincas que explotaban los actores (tres) en régimen de propiedad o

40. Reconocimiento de deuda. Tiene carácter constitutivo si se expresa su causa justificativa. La carga de la prueba sobre inexistencia recae sobre el deudor.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia como válida y lícita, y encuentra su apoyo en el principio de autonomía privada contenido en el artículo 1255 CC. La STS de 8 de marzo de 1956 la califica como un contrato. Si es claro el carácter constitutivo del reconocimiento, el acreedor no tiene que probar de otra manera la deuda, o bien se hace recaer sobre el deudor que alega la inexistencia del contrato originario la existencia de la prueba, ya que de otra manera se vería gravemente afectada la confianza en el tráfico negocial.

Fianza prestada sin especificar limitación alguna en el tiempo y en la cuantía.—El artículo 1827 CC establece que la fianza no se presume; debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Si no se especifica un límite máximo a la cantidad avalada, ni límite temporal alguno, es razonable condenar al deudor solidario en los mismos términos que lo es el deudor principal. (STS de 13 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. C. M. afianza a su hijo don J. M. C. M. para el pago de las operaciones derivadas de su condición de avicultor, oficio que don J. M. C. M. (padre) también había practicado. En el documento que estable la fianza no se especifica ni la cantidad avalada ni un límite en el tiempo. Se produce el impago de una cantidad de 22.369.643 pesetas en concepto de piensos para aves de corral, cantidad que la mercantil *Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, S. A.*, reclama ante el Juzgado de Primera Instancia. En la instancia se declara que padre e hijo son deudores solidarios de la cuantía impagada, extremo que es confirmado en la sentencia de la Audiencia. El fiador interpone recurso de casación ante el TS, que declara no haber lugar al recurso. (I. G. F.-D.)

41. La entrega de una letra librada y aceptada como medio de pago no puede ser entendida como una prórroga concedida al deudor con efectos extintivos de la fianza indefinida existente.—Nos encontramos ante una relación jurídica mercantil continuada, una fianza indefinida y una letra librada y aceptada, con vencimiento al mes, como medio de pago, lo que se utiliza usualmente como tal entre comerciantes, por lo que, no acreditada renovación alguna, carece de sentido hablar de prórroga con efectos exoneratorios, extremos en los que abunda la Audiencia, añadiendo que la prórroga requiere voluntad expresa o actos inequívocos del acreedor, como la renovación de las letras, pero no su entrega como forma de pago cuando en el documento de afianzamiento no existía fecha límite de su vigencia, por tratarse de una fianza indefinida, solidaria, con renuncia al derecho de excusión y que cubría todas las operaciones de compraventa de la afianzada, de forma que la entrega de la letra constituye una modalidad de pago que cabe dentro de tal afianzamiento y es perfectamente habitual en el mundo mercantil, sin que pueda hablarse de prórroga alguna a los efectos liberatorios.

No se produce extinción de la fianza cuando el fiador presta su consentimiento a la mera tolerancia del acreedor en percibir con retraso el pago.—La mera tolerancia del acreedor en percibir con retraso el pago no constituye prórroga y además tampoco es de aplicación el precepto, aunque la misma exista, cuando el fiador ha prestado su consentimiento o la propuso o hizo gestiones para su concesión, consintiendo de modo más o menos explícito, pero cierto (SS de 7 de abril de 1975 y 8 de octubre de 1986), lo que es de pensar en el caso, habida cuenta de que los fiadores eran los únicos accionistas y Presidente y

arrendamiento. Éstos reclamaron, a la entidad constructora y a la empresa que encargó la obra, los daños y perjuicios causados y la realización de las obras necesarias para reconstruir y reparar el drenaje natural y artificial de las fincas. En primera instancia, se estimó en parte la demanda al condenar a las demandadas, con carácter solidario, a lo pedido por los actores, pero reduciendo sensiblemente la cuantía de los daños y perjuicios solicitados. La Audiencia confirmó este pronunciamiento. No prosperó el recurso de casación interpuesto por la constructora. (I. D. L.)

43. Responsabilidad extracontractual: evolución jurisprudencial hacia la objetivación.—Del artículo 1902 CC surge la responsabilidad o culpa extracontractual, figura que está sufriendo, en el fondo y forma, una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina, sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: *a)* un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y *b)* la tendencia a maximizar en lo posible la cobertura de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo ello lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y la citada inversión de la carga probatoria, llevan inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un *plus* en la diligencia normalmente exigible.

Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.—Toda obligación derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* una acción u omisión ilícita; *b)* la realidad y constatación de un daño causado; *c)* la culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto «si ha habido daño ha habido culpa», y *d)* un nexo causal entre el primero y el segundo requisito (STS de 24 de diciembre de 1992). (STS de 29 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Cuando se disputaba un partido de fútbol oficial, uno de los futbolistas (actor), en un lance del juego, tropezó con una pequeña zanja o reguera del campo y fue a topar con una valla metálica de separación del público (que se encontraba a una distancia de la línea de juego inferior a la debida), sufriendo un impedimento laboral de 30 días y una nefrectomía (pérdida total de un riñón) con secuelas estéticas; por todo lo cual, reclamó daños y perjuicios (240.000 pesetas por la baja laboral y 12.000.000 de pesetas por daños) al Ayuntamiento de Ciudad Real, a la Federación Castellano-Manchega de Fútbol y a don J.-M. R. S. El Juez desestimó la demanda. La Audiencia la estimó en parte y condenó a los tres demandados, con carácter solidario, a abonar al actor 6.240.000 pesetas. La Federación recurrió en casación, pero el TS no dio lugar al recurso. (I. D. L.)

44. Responsabilidad extracontractual. Superación del sistema culpabilístico del artículo 1902 CC: teoría del riesgo e inversión de la carga de la prueba.—Aunque la jurisprudencia más actual tiende hacia el establecimiento de una responsabilidad objetiva, en estos casos, nunca la ha establecido de manera absoluta y radical, sino que ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que se venía aplicando el artículo 1902 CC, bien a través de la aplicación del principio de «riesgo», bien mediante la «inversión de la carga de la

prueba», sin eliminar los aspectos, no radical, sino relativamente subjetivista con que fue redactado el 1902 (STS de 16 de diciembre de 1988).

La culpa del perjudicado: no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que no se pueda reprochar a un tercero.—Hay que tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, que no hay causa ni motivo para que surja tal responsabilidad (STS de 16 de diciembre de 1988).

Presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.—Acción u omisión ilícita, nexo causal y daño. (STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido de la actora, por razón de amistad con el matrimonio demandado y actuando por su cuenta, y por mera oficiosidad, decidió efectuar como conductor en dos viajes con el camión del marido demandado que, cargado de escombros y con las llaves puestas, se encontraba en una determinada obra. En el segundo de los viajes, al efectuar la maniobra de descarga, para la que no era necesario bajarse de la cabina, encontró la muerte al ser sepultado por los mencionados escombros. No hubo testigos presenciales que pudiesen explicar el motivo concreto por el que el accidentado se encontraba en la parte trasera del camión. La actora reclamaba una indemnización de 14.000.000 de pesetas a los demandados por el fallecimiento de su marido. Tanto el Juzgado, en primera instancia, como la Audiencia, no acogieron la pretensión de la demandante. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

45. Responsabilidad extracontractual. Actividad de riesgo: diligencia debida, carga de la prueba, alcance (*cuius est commodum, eius est periculum*).—Ante situaciones de riesgo acreditado, se impone a los empresarios extremar su actividad de adoptar todas las precauciones, agotar los medios y evitar todas aquellas circunstancias a su alcance que transformen el peligro potencial en daño efectivo (STS de 10 de marzo de 1994). En estos casos, procede atenuar la carga probatoria, lo que obliga a los agentes del daño a demostrar satisfactoriamente el haber obrado con la máxima diligencia debida, aportando las medidas técnicas de seguridad y control que la propia instalación requería, diligencia que se exige como específica en cuanto supera la administrativamente reglada (SSTS de 23 de septiembre de 1991, 25 de febrero de 1992 y 8 de octubre de 1996, entre otras). También, quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe soportar las consecuencias si reviste caracteres de peligro, pues se beneficia del mismo (STS de 9 de julio de 1994).

Compensación de culpas: reducción de la condena indemnizatoria a tenor del artículo 1103 CC, las bases que conforman el *quantum* son revisables en casación.—Cuando el resultado dañoso procede de dos actividades culposas concurrentes, que no cabe desviar y no ocasionan ruptura de la causalidad eficiente y necesaria (SSTS de 5 de julio de 1993, 1 de diciembre de 1994 y 23 de febrero de 1996, entre otras), se produce compensación de responsabilidades en su traducción económica que facilita la aplicación moderadora que autoriza el artículo 1103 CC. Las bases que conformaron pauta para fijar la cuantía indemnizatoria se pueden revisar casacionalmente (STS de 10 de diciembre de 1991). (STS de 18 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Debido a las lesiones y quemaduras sufridas por el oficial destilador de una fábrica de aguardientes, al ser alcanzado por

vapor cuando procedía a la apertura de la tapa de uno de los calderines, dicho oficial demandó a las dueñas de la fábrica reclamándoles 3.215.000 pesetas por incapacidad y 30.000.000 de pesetas por secuelas. Quedó demostrado: 1.º Que la actividad industrial que se llevaba a cabo era notoriamente peligrosa, agravada por las primitivas y deficientes instalaciones de la fábrica. 2.º Que la actuación imprudente del actor contribuyó a ocasionar el accidente. En primera instancia se condenó solidariamente a las demandadas a abonar 2.572.000 de pesetas por los días de incapacidad del actor y 12.000.000 de pesetas por las secuelas del accidente. Las demandadas recurrieron la sentencia y la Audiencia estimó en parte el recurso al rebajar la indemnización a 3.000.000 de pesetas por todos los conceptos. No prosperaron los recursos de casación planteados por ambas partes litigantes. (I. D. L.)

46. Responsabilidad extracontractual. Compensación de culpas: determinación de *quantum* indemnizatorio y supuestos de revisión en casación.—La concurrencia de la víctima en la producción del resultado dañoso junto a la actuación del agente, repercute en las consecuencias reparadoras, al entrar en este espacio la discrecionalidad del Tribunal de instancia, que escapa a la censura del recurso de casación, según tiene declarado esta Sala, entre otras, en SS de 23 de marzo de 1987 y 28 de noviembre de 1992 (excepto en los casos de evidente y notorio error de hecho), 26 de noviembre de 1993 (que, asimismo, excluye los supuestos de resolución desorbitada, caprichosa y evidentemente injusta) y 28 de marzo de 1994 (que acoge las coyunturas de desvío evidente).

Valoración de la prueba en casación sobre hechos probados, fijados en instancia.—El Tribunal de instancia posee, en principio, soberanía para dicha apreciación, no pudiendo, en consecuencia, ser combatida en casación, salvo que resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica (SSTS de 18 de abril de 1992 y 27 de octubre y 19 de noviembre de 1997, entre otras).

Los intereses punitivos o condenatorios que establece el artículo 921.4 LEC, en su redacción por Ley de 6 de agosto de 1984, nacen *ope legis*.—Es reiterada doctrina jurisprudencial que este tipo de intereses nacen *ope legis*, sin necesidad de petición ni de expresa condena (SSTS de 4 de noviembre y 30 de diciembre de 1991 y 25 de febrero de 1992).

La apreciación por los Tribunales de excepciones no alegadas en tiempo y forma hábil genera incongruencia.—Pese a la doctrina recogida por los principios *iura novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius*, no se permite a los Tribunales apreciar excepciones no esgrimidas oportunamente en el debate, dado que ello supondría vicio de incongruencia al colocar al accionante en estado de indefensión (SSTS de 9 de junio de 1975 y 29 de enero de 1976). (STS de 25 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—A causa de la muerte de un niño de 13 años que fue arrollado por un tren al cruzar la vía en pleno día y con buena visibilidad, sus padres demandaron al Ayuntamiento de Pineda de Mar, a RENFE y a don J. L. P., para que les indemnizasen por daños morales, en la cantidad de 15.000.000 de pesetas. Quedó demostrado: 1.º que el menor había sido advertido por sus profesores del uso de un paso subterráneo para ir a la playa, y 2.º que existía un proyecto para vallar la vía ferrea en el que iba a participar el citado Ayuntamiento. El Juzgado condenó al Ayuntamiento y a RENFE a pagar a la parte actora 10.500.000 pesetas, pero su sentencia fue parcialmente revocada por la Audiencia, que condenó exclusivamente a RENFE a satisfacer

7.500.000 pesetas a los demandantes. Estos últimos recurrieron en casación y su recurso fue estimado sólo respecto de las costas de primera instancia causadas por el Ayuntamiento, que habían sido impuestas a los actores por la Audiencia y sobre las que el TS no hizo especial pronunciamiento. (*I. D. L.*)

47. Responsabilidad extracontractual: culpabilidad del agente. Alcance del término diligencia y su relación con las exigencias reglamentarias.—Atendiendo exclusivamente al factor o elemento subjetivo o psicológico de la culpabilidad del agente, que condiciona, en mayor o menor medida, todo reproche culpabilístico, y teniendo en cuenta, por otro lado, que para que la conducta del agente pueda ser calificada de diligente y exenta de toda connotación de anti-juridicidad, no basta con que se haya adaptado a las exigencias reglamentarias, sino que ha de atemperarse a las medidas de prudencia y precaución que le vengan impuestas por las circunstancias (de personas, tiempo y lugar) concurrentes en cada supuesto concreto para evitar la producción del resultado dañoso.

Competencia territorial y casación: cauce procesal de impugnación.—No es susceptible de ser sometida a revisión casacional una supuesta falta de competencia territorial, toda vez que el planteamiento de la misma (que ni siquiera es deducible como propia excepción dentro del proceso, pues el artículo 533.2 LEC, al enumerar las excepciones dilatorias, sólo contempla la falta de competencia objetiva o funcional, no la territorial) tiene un cauce procesal específico, propio y exclusivo, que es el de la inhibitoria o el de la declinatoria (arts. 72 ss. LEC) (SSTS de 26 de mayo de 1955 y 27 de enero de 1996, entre otras muchas).

Competencia de la jurisdicción civil: relaciones de Derecho privado.—Si bien el invocado artículo 175.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio (ordenación de los transportes terrestres), establece que RENFE es una entidad con personalidad de Derecho público, a continuación agrega que actúa en régimen de empresa mercantil con sometimiento al ordenamiento jurídico privado, siento este último el carácter con el que ha sido demandada en el proceso, y no como entidad de Derecho público, por lo que no resultaba aplicable el artículo 71 LEC. (STS de 31 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—En julio de 1990, durante las ferias de Manzanares, grupos de jóvenes de entre 15 y 16 años solían reunirse en las proximidades de la vía ferrea, para tomar cervezas y otras bebidas, mientras esperaban el paso de algún tren para separarse rápidamente de allí. Los directivos de RENFE pusieron estos hechos en conocimiento de la Policía local, la cual, a su vez, lo comunicó al Alcalde. Ante esta situación, la Policía acudía a vigilar el referido lugar, pero los jóvenes huían ante la presencia de los agentes, y volvían al marcharse éstos. Así las cosas, cuando un grupo de jóvenes se encontraban en los alrededores de la vía, apareció un tren a 130 kilómetros por hora (velocidad autorizada y normal para el lugar), que no pudo evitar alcanzar, entre otros, al hijo de los actores, quien falleció en el acto. Quedó demostrado: 1.º que las autoridades de RENFE no habían advertido al maquinista de la anómala situación; 2.º que el fallecido tenía 0,92 gramos de alcohol por litro de sangre, y 3.º que los padres no prohibieron a su hijo que fuera a divertirse a tan peligroso lugar. Fueron demandados el Ayuntamiento de Manzanares, RENFE y el maquinista, a los que se les reclamaba, con carácter solidario, 25.000.000 de pesetas, en concepto de perjuicios por su negligencia. El Juez estimó en parte la demanda y condenó al Ayuntamiento y a RENFE a que abonasen

cada uno a los actores 6.000.000 de pesetas. La Audiencia confirmó esta sentencia y no prosperó el recurso de casación interpuesto por RENFE.

NOTA.—El TS, en este caso, parece haber entendido que ha quedado individualizado el grado de participación que en la producción del daño tienen sus agentes, al no haber establecido una responsabilidad de carácter solidario, sino la responsabilidad mancomunada de cada responsable al 50 por 100. Cfr. Díaz de Lezcano, *La no presunción de solidaridad en las obligaciones*, Madrid, 1997, pp. 130-131. (I. D. L.)

48. Responsabilidad civil del empresario: un supuesto de responsabilidad subsidiaria.—La razón de haber establecido la responsabilidad empresarial de los codemandados en el doble plano principal y subsidiario se debió al propio pedimento formulado por el actor, pues de lo contrario, es decir, de haber declarado la responsabilidad solidaria de aquéllos se hubiera podido incidir en el vicio de incongruencia.

El resultado inculpatario del expediente tramitado por la Inspección de Trabajo por infracción de medidas de seguridad en el trabajo resulta inoperante en el orden jurisdiccional civil.—Este dato fáctico, resulta inoperante en el enjuiciamiento de los hechos que dan lugar a una responsabilidad extracontractual en el orden civil, toda vez que en esta jurisdicción se puede analizar el conjunto de los hechos acreditados de modo totalmente distinto e independiente al que se hiciera en la jurisdicción laboral.

La ilicitud y la relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, son cuestiones jurídicas accesibles a casación.—Por el cauce del artículo 1692.4.º LEC (SSTS de 12 de mayo de 1964 y 10 de mayo de 1986). (STS de 24 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la muerte de un trabajador portuario, mientras procedía al desembarque de un buque, junto con otros seis trabajadores, en el Puerto de Mahón, su viuda y su hija demandaron a la *Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba* de dicho puerto, reclamándole 9.000.000 de pesetas, en concepto de los daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, como consecuencia del fallecimiento del trabajador. También fue demandado, con carácter subsidiario, el dueño de la consignataria «M. M.». Quedó acreditado: 1.º que tanto la empresa estatal como la consignataria coincidieron en la labor que ejecutaba la víctima; 2.º que al empezar a lloviznar, el capataz, que ostentaba la jefatura del grupo, encargó tajar con una lona un contenedor, labor que hizo sólo la víctima encaramándose a unos dos metros y medio de altura, sin casco y sin utilizar una escalera. En primera instancia fue desestimada la demanda. La Audiencia condenó a las citadas empresas a pagar a las actoras la suma de 4.000.000 de pesetas, de forma principal a la empresa estatal y de manera subsidiaria al dueño de la consignataria. No prosperó el recurso de casación planteado por los demandados. (I. D. L.)

49. Responsabilidad civil de la Administración. Accidente sufrido por profesora universitaria. Competencia jurisdiccional: doctrina sobre «peregrinaje de jurisdicciones».—Aunque a partir de la Ley 30/1992 de RJAP-PAC se haya instaurado, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de la unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, hay que afirmar que la evitación del «peregrinaje

procesal» es una de las consecuencias más claras del derecho constitucional, fundamental para obtener un proceso público sin dilaciones indebidas y una tutela judicial efectiva, siendo esta razón la única y suficiente para dejar concretada la cuestión, en este aspecto procesal, y cumplir lo determinado en el artículo 24 CE. (STS de 23 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora, profesora de la plantilla de la Universidad, sufrió unas lesiones en su pierna izquierda, a consecuencia de la caída al suelo de una pizarra (instalada sobre unas sillas y sin ninguna sujeción), cuando impartía clase, el 29 de octubre de 1985. Por ello reclamó al Rector de dicha Universidad y al Decano de la Facultad donde ocurrió el accidente, 18.000.000 de pesetas, por daños y perjuicios. En primera instancia se estimó la excepción dilatoria de falta de jurisdicción opuesta por los codemandados. La Audiencia, por el contrario, estima en parte el recurso presentado por la actora y condena a la Universidad a abonarle 2.200.000 pesetas. No prosperó el recurso de casación presentado por la Universidad. (I. D. L.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Tradición instrumental. No cabe la de cosa futura.—Para la adquisición del dominio y demás derechos reales, el Código civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. En el caso de autos, de la escritura pública otorgada el 28 de abril de 1989 no se deduce lo contrario respecto de la compradora, acreedora de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la *traditio* en su proyección de *ficta*, según declara la sentencia de esta Sala de 18 de mayo de 1994 y las que en ella se citan. En cambio, de esa misma escritura no es posible inferir que su otorgamiento equivalga al cumplimiento del requisito de la tradición o modo de adquirir respecto a la cosa que se obligó a entregar la compradora como parte del precio consistente en mil metros cuadrados de local comercial que debían ser construidos por dicha compradora. En primer lugar, porque de la propia sentencia se deduce, como pone de manifiesto la sentencia impugnada, que la entrega del local debería realizarse en tiempo aplazado, y en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el tiempo de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa *speratae*, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra, como dice la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1992, que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o *traditio*.

Para que la *traditio* instrumental opere es necesario, según doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en SS de 30 de junio de 1981 y 31 de mayo de 1996, que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su vali-

dez; b) que de dicha escritura no resultare o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado, tanto en su forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de *tradens*.

En el caso al que se contraen estos autos faltan claramente los supuestos segundo y tercero, tanto por el carácter aplazado de la entrega como por versar sobre una cosa que no existía al momento de perfeccionarse el contrato. Por tratarse de un pacto concertado en un contrato de compraventa en el que parte del precio se sustituye por la realización de una obra, el supuesto es análogo al de aquellas relaciones consistentes en la permuta de parcelas o parte de ellas para construir pisos o locales en las que, sin independencia de la controvertida cuestión de su naturaleza jurídica con criterios divergentes en la doctrina de los autores y en la propia jurisprudencia (SS de 9 de noviembre de 1972, 22 de mayo de 1974, 2 de enero de 1976, 12 de febrero de 1979, 7 de julio de 1982, 24 de octubre de 1983, 5 de julio de 1989, 10 de marzo y 7 de junio de 1990, 18 de abril de 1991, 30 de septiembre de 1993, 19 de noviembre de 1994 y 11 de diciembre de 1995, entre otras), plantéase también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos o locales a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra de cosa futura, la obra a realizar, de tal manera que al perfeccionarse el contrato el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio* o entrega, efecto éste que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela, de modo que el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del parrafo 2.º del artículo 1462, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible. De donde resulta que, requisito necesario para adquirir el dominio mediante la *traditio*, concurriendo el título es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación. (STS de 9 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—*Anambra del Valle, S. L.*, vende a *Conivel, S. A.*, una finca. El precio se fija en 50.000.000 de pesetas. Veintiséis se entregan en efectivo y el pago de los veinticuatro millones restantes se aplaza, concretándose en la entrega de mil metros cuadrados de local comercial a construir sobre el solar que la compradora adquiere. Embarga la finca el *Banco de Santander*, e interpone *Anambra* terceraía de dominio, alegando que al no entregarle *Conivel* los mil metros cuadrados de local comercial ha instado la resolución de la compraventa, por lo que la finca le pertenece. Subsidiariamente, pide que se declare que el local comercial en construcción sobre la finca es de su propiedad, en virtud de lo estipulado en el contrato de compraventa. Estima el Juzgado la terceraía en lo relativo a la pretensión subsidiaria. La Audiencia da lugar al recurso de apelación interpuesto por *Conivel*. Interpone *Anambra* recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

51. Posesión de mala fe. Cuestión de hecho.—La mala fe en la posesión, a pesar de ser la antítesis de la buena fe no necesita o no se plantea, para su configuración, la no eficacia del título, como su contraria que exige para su constitución un elemento objetivo: el título, y un elemento subjetivo: el desconocimiento o ignorancia de maldad en su actuación.

Por eso, la sentencia de esta Sala, de 28 de marzo de 1948, decía que ser poseedor de mala fe no quiere decir que sea un poseedor de no recta moral, sino simplemente saber que la posesión que se tiene por ciertas razones carece de justificación.

Esta tesis es la que ha llevado a la construcción de una jurisprudencia constante y pacífica, por la que la Sala Primera del TS ha declarado que la concurrencia de mala fe en la posesión es una cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada a los Tribunales de instancia, y que en concreto la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas a través de unos determinados hechos (como epítomes, las SS de 24 de mayo de 1977, 29 de septiembre de 1985 y 12 de junio de 1987, entre otras).

Enriquecimiento injusto: concepto. Su relación con la equidad.—El enriquecimiento injusto, figura jurídica de antigua raigambre en nuestro Derecho (Las Partidas 7, 34 y 17 ya la recogía), y que, sin embargo, no aparece regulada directamente en nuestra legislación, salvo de una manera colateral en el artículo 10.9 CC, que prevé una norma de derecho internacional privado relativa al enriquecimiento injusto, y en el artículo 508 de la Compilación Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973. Pues bien, dicha teoría del enriquecimiento injusto es una creación totalmente jurisprudencial, que a través de muchas sentencias ha construido dicha figura como una atribución patrimonial sin causa y que debe reunir ineludiblemente los siguientes requisitos: a) un enriquecimiento por parte de una persona, representado por el aumento de su patrimonio o una no disminución del mismo; b) un empobrecimiento de otra persona, como consecuencia de lo anterior, constituido por un daño positivo o por un lucro cesante; c) la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio del derecho (SS de 19 de mayo y de 30 de septiembre de 1993, como compendio de lo antedicho).

Además, dicha tesis del enriquecimiento injusto, trata de relacionarla la parte recurrente con el principio de equidad plasmado en el artículo 3.2 CC. Dicha relación es totalmente lógica, pues tanto que se entienda la equidad como un concepto de derecho natural, como una manifestación del principio de igualdad, o como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales; es el *substratum* o fundamento jurídico de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto. (STS de 25 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación arranca de un juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia confirma íntegramente la sentencia del Juzgado. No ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

52. Deslinde: criterios legales para su práctica.—El recurrente sostiene que la regla del presente deslinde debe ser la del artículo 387, y su razonamiento es absolutamente correcto, puesto que el Código civil establece diversas reglas, la primera (art. 385) deslindar de conformidad con los títulos de cada propietario; la segunda (también del art. 385) practicar la delimitación según lo que resulte de la posesión. Cuando ni los títulos ni la posesión determinen el área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pueda resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde, dice el artículo 386, se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales. Y por último, «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprenda la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente».

Tratando de aplicar estas reglas al caso de autos, no son aptas las establecidas en el artículo 385, pues ni la posesión ni los títulos son suficientes para delimitar las heredades. Pero la duda de aplicar las normas de reparto igualitario

(art. 386) o reparto proporcional (art. 387) ha de decidirse en favor de este último, puesto que los títulos de ambos colindantes son expresión de superficie menor que la real de ambas fincas, tanto singularmente consideradas como en total. Hay un exceso real de finca cuya atribución debe efectuarse como dividió el Juzgado, proporcionalmente a lo que figura en los títulos. (STS de 14 de noviembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Se plantean desavenencias respecto a los límites existentes entre dos fincas, sucediéndose constantes actos de perturbación, dada la confusión en la determinación física de las propiedades. El Juzgado declara haber lugar al deslinde. Apelan ambos propietarios y la Audiencia desestima sus recursos, aunque precisa que el deslinde se efectuará distribuyendo por mitad entre los litigantes la zona discutida. Ha lugar al recurso de casación, decidiendo el Supremo, en función de los hechos probados, la distribución proporcional de la zona cuestionada. (R. G. S.)

53. Necesidad de consentimiento unánime de los copropietarios, por tratarse de un acto de disposición, para autorizar al arrendatario la realización de obras que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado.—Esta Sala no puede compartir la calificación de actos de administración que atribuye el Tribunal de apelación a los actos de un comunero y, por ende, la autorización por él concedida al arrendatario, que supongan una alteración en la configuración de la cosa común, sino que tales actos materiales constituyen actos de disposición que requieren el consentimiento unánime de todos los comuneros; así lo puso de manifiesto la sentencia de 12 de mayo de 1972 al decir: «igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo... por infracción de los artículos 397 y 398 CC, pues si bien por regla general el contrato de arrendamiento es un acto de administración, como se ha declarado varias veces por este Tribunal, puede en algunos casos por la naturaleza de las cosas a que se contraiga rebasar los límites de la mera administración, como aquí ocurre, en que se autorizaron y realizaron unas obras, que como declara la sentencia recurrida, sin impugnación en el recurso, alteraron la configuración y estructura del local debatido, y en este sentido es necesario reconocer que no se hallaban facultados los condueños demandados que sólo representaban la mayoría de dos tercios de la totalidad, sin la anuencia de los restantes partícipes, cuyos derechos dominicales expresamente reconocidos en la Ley, quedarían restringidos o conculcados», doctrina que igualmente se recoge en la sentencia de 19 de octubre de 1993, a la que se hará referencia seguidamente.

Dice la sentencia de 19 de octubre de 1993 que «si bien es doctrina de esta Sala (SS de 24 de marzo de 1960, 23 de septiembre y 17 de diciembre de 1964, 25 de septiembre de 1968, 12 de mayo de 1972, 2 de noviembre de 1978) la de que la autorización para que el arrendatario pueda realizar obras, que alteren la estructura o configuración del inmueble arrendado, constituye un acto, no de mera administración, sino de disposición, por lo que cuando los arrendadores son los copropietarios del inmueble, la referida autorización requiere el consentimiento unánime de todos los condueños» (art. 397 CC).

Buena fe del arrendatario respecto a la autorización dada por un comunero para la realización de obras.—La situación de buena fe de los arrendatarios respecto a la realización de obras con fundamento en la autorización dada por un solo comunero, se deriva, no de que el autorizante sea partícipe mayoritario en la comunidad, sino de que ese copartícipe sea quien, en nombre de la comunidad, se relaciona normalmente con el arrendatario. (STS de 19 de septiembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El actor, copropietario de un local de negocio, demanda al comunero que autoriza a los arrendatarios del local la realización de obras que alteran su configuración, y a éstos. Solicita del Juzgado la nulidad de la autorización, así como la resolución del contrato de arrendamiento. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia estima la apelación de los arrendatarios. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (R. G. S.)

54. Alcance del artículo 16 LPH modificado por Ley de 22 de junio de 1990 sobre supresión de barreras arquitectónicas: innecesariedad de acuerdo unánime para la realización de obras que afectan a elementos comunes.—El motivo margina los hechos probados, pues no tiene en cuenta que la instalación *ex novo* del elevador estaba asistida de plena justificación y se presentaba como actuación necesaria, superadora incluso de la mejora que para el edificio representaba la obra. La sentencia que se combate declara la concurrencia determinante de que a uno de los ocupantes *le afectaba grave minusvalía*, actuando tal circunstancia como inspiradora decisiva del acuerdo social tomado, aunque careciera de reflejo literal en el acta de la Junta.

Ante tal base fáctica la decisión del Tribunal de Instancia se presenta dotada de corrección legal, ya que aplicó el párrafo primero del artículo 16 LPH, reformado por Ley de 21 de junio de 1990, que prevé la supresión de barreras arquitectónicas. La instalación de ascensores que facilitan la movilidad de los minusválidos —incluso favorece a las personas de avanzada edad—, al no tener que utilizar las escaleras de acceso, es uno de los supuestos que contempla el precepto, en cuyo caso el acuerdo adoptado es válido si concurre la mayoría cualificada que establece la norma, la que se ha dado en el caso de autos. De esta manera, la decisión de los copropietarios resulta ajustada a la legalidad, al estar amparada por la reforma hecha referencia, que ha venido a dar respuesta positiva al artículo 33 de la Constitución en cuanto a la función social de la propiedad y al 49 que impone a los poderes públicos —incluidos los Tribunales de Justicia— el amparo de los minusválidos, cuyo desarrollo llevó a cabo la Ley de 7 de abril de 1982, a fin de lograr su integración, toda vez que el Estado español asumió la Declaración de Derechos de las personas discapacitadas, aprobada por Resolución 3447 de Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975 (arts. 54 y 55 del título IX).

Ya la jurisprudencia más reciente de esta Sala, en función interpretativa de la norma, con criterios sociológicos y de adaptación a la realidad social, que autoriza el artículo 3 CC, ha prescindido de la necesidad de acuerdo unánime en situaciones como la que nos ahora enjuicamos casacionalmente y así, aparte de la referencia que ya apunta la sentencia de 7 de julio de 1989, ha de tenerse en cuenta las de 13 de julio de 1994 y 5 de julio de 1995, al llevar a cabo interpretación integradora de la norma primera del artículo 16, en su antigua redacción, sin necesidad de aplicar retroactivamente la nueva normativa.

La instalación de ascensor en edificio habitado por minusválido no es obra innovadora de mejora sino instalación exigible y necesaria para la habitabilidad del inmueble. Obligatoriedad de contribuir a los gastos de instalación.—La modificación llevada a cabo en el artículo 16, dejó subsistente el artículo 10 y su aplicación para eximir de la contribución a los gastos derivados de la colocación y funcionamiento del ascensor en el inmueble del pleito, sólo tiene lugar, conforme a la literalidad de dicho artículo 10, párrafo segundo, cuando sea reputada innovación no exigible. La de autos no ha de encuadrarse en tal situación, toda vez que la instalación del elevador derivó del acuerdo de la Junta de propietarios, dada la situación concurrente de la minusvalía que afecta a uno de los interesados y de esta manera aun tratándose de obra innovadora, la misma se pre-

senta y ha de ser conceptuada *como exigible*, dada la redacción actual de la excepción que contiene el artículo 16.1, en relación al reconocimiento y eficacia que ha de darse a los derechos de los minusválidos, la que se presenta con notas de imperatividad, en razón a la filosofía y principios que la inspiran, y que también la motivan y justifican, pues en otro caso quedaría vacío el precepto y sometido a los intereses privados, muchas veces egoístas, desprovistos de buena fe y notoriamente carente de solidaridad, para anteponerse al mandato constitucional, ya que la satisfacción de los derechos de los minusválidos es una exigencia social que debe impregnar la conciencia nacional, y hacer útiles las leyes promulgadas a tales fines.

Lo expuesto conduce el discurso casacional a establecer que el artículo 10, párrafo segundo, debe ceder ante el artículo 9, tanto en su numeral 3.º, como en el 5.º, sobre la contribución comunitaria a los gastos de la copropiedad común, pues la instalación del ascensor ha de reputarse no sólo exigible, sino también necesaria y requerida para la habitabilidad y uso total del inmueble y no simple obra innovadora de mejora, ya que se trata de un edificio de cuatro plantas y la normalización de su disfrute por todos los inquilinos así lo impone. (STS de 22 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Pide el actor la nulidad, por no ser unánime, del acuerdo de la Junta de propietarios relativo a la instalación de ascensor en edificio habitado por inquilino minusválido. Solicita además se declare que no queda obligado a contribuir a los gastos generados por la instalación del elevador. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de instancia. No ha lugar a la casación. (R. G. S.)

55. Alcance de la fehaciencia de la notificación de acuerdos adoptados en Junta ordinaria de propietarios.—La notificación del acuerdo controvertido a estas partícipes se llevó a cabo mediante remisión notarial por correo, que no fue entregada, pues las comunicaciones se devolvieron y así lo hace constar el Notario en el acta correspondiente.

El artículo 16.1 LPH exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que modifiquen las reglas contenidas en el título de propiedad —que es el supuesto de autos, al variarse las cuotas participativas de los condueños— y prevé la comunicación a los propietarios no asistentes a la Junta mediante el mecanismo de que se les ha de notificar *fehacientemente el acuerdo tomado* y de forma detallada, arbitrándose al efecto un procedimiento de conformación de voluntades tácitas en su párrafo segundo, con el fin de evitar, como dice la sentencia de 10 de noviembre de 1992, que la inasistencia de los titulares frustre la adopción definitiva de los acuerdos.

Fehacientemente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, pero éste pueda siempre tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario.

El acta notarial referida acredita el envío de las cartas, pero no su entrega y recepción, lo que es trascendental para apreciar la fehaciencia, que en este supuesto no concurre, ya que las destinatarias no tuvieron posibilidad de cono-

cer el contenido de las comunicaciones, sin que la Comunidad que recurre se hubiera preocupado, con posterioridad a la devolución de las misivas, de adoptar las medidas adecuadas para que resulte pertinente y positiva la notificación del acuerdo de referencia por cualquier medio válido, a fin de que resultase efectivo a tales fines, con la necesaria apoyatura probatoria.

Supuestos en los que los acuerdos adoptados en Junta de propietarios son sólo anulables.—Si bien la sentencia declara nulo el acuerdo, el mismo, conforme a más reciente jurisprudencia de esta Sala, cuando la regla de unanimidad no es observada, lo que se produce es su anulabilidad y no así la nulidad de pleno derecho, como decretó el Tribunal de instancia (SS de 24 de septiembre de 1991 y 25 de julio de 1991), y lo mismo sucede cuando se infringe algún precepto de la LPH o de los Estatutos, ya que es posible la sanación. La nulidad radical sólo opera cuando se trata de acuerdos que infringen disposiciones legales imperativas o prohibitivas que no tengan establecido un efecto distinto en caso de contravención y también cuando resulten contrarias a la moral, al orden público o impliquen fraude de ley (SS de 2 de marzo y 22 de mayo de 1992, 26 de junio de 1993 y 19 de noviembre de 1996). (STS de 9 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito inicial arranca de la impugnación del acuerdo de la Junta de propietarios que modificó las cuotas participativas en la propiedad horizontal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia declara la nulidad del acuerdo adoptado. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de propietarios. (R. G. S.)

56. Naturaleza privativa de la planta diáfana de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.—Partiendo del supuesto de que toda una planta entera de un edificio no tiene, por naturaleza, el carácter de elemento común del mismo (supuesta, como es lógico y aquí ocurre, la existencia de unos accesos independientes a las dos plantas altas de apartamentos, a través de dos porches de dicha planta, los cuales sí son, indudablemente, elementos comunes), es evidente que para que a la referida planta, en sí misma considerada, o sea, excluidos los referidos porches de la misma, le pueda corresponder el carácter de elemento común del edificio, ha de atribuírsele expresamente dicho carácter en el título constitutivo de la propiedad horizontal, al no corresponderle, por naturaleza, repetimos, dicho carácter, ni por tanto, poder considerarse comprendida en la relación de elementos comunes del edificio que hace el artículo 396 CC, aunque tal relación sea considerada como meramente enunciativa y no excluyente o de *numerus clausus*.

Naturaleza común de una terraza independiente perteneciente a un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.—Ante todo, ha de dejarse constatado, que aquí no nos vamos a referir a ninguna terraza que forme parte integrante de un elemento individual del edificio (piso o local), como componente del mismo, pues a dicha terraza le corresponde, obviamente, la misma concepción privativa que al elemento individual (piso o local) del que forma parte como anejo del mismo. Aquí nos estamos refiriendo a una terraza del edificio, con entidad propia e independiente, o sea, no como anejo de algún elemento individual privativo (piso o local). Así conceptualizado, con entidad arquitectónica autónoma e independiente, a la expresada terraza del edificio (cualquiera que sea el nivel al que la misma se halle) le corresponde, por naturaleza, la conceptualización de elemento común de dicho edificio y, como tal, viene enunciado en el artículo 396 CC, cuando habla de «cubiertas». No se concibe que una terraza, con las características arquitectónicas antes dichas (de autonomía e independencia), pueda ser objeto de propiedad individual o privativa, pues esta condi-

ción sólo puede atribuirse a los pisos y locales y a sus anejos respectivos. Por tanto, si en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, como ocurrió en el presente caso, no se hace referencia alguna a dicha terraza para atribuirle carácter de elemento privativo (como anejo de algún piso o local), es evidente que a la misma le corresponde la naturaleza de elemento común del edificio. (STS de 17 de diciembre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El proceso del que el recurso dimana se centra en la determinación del carácter privativo o común de un local comercial y una terraza. Estiman los demandantes que ambos elementos del edificio en régimen de propiedad horizontal son de su exclusiva propiedad. El Juzgado de Primera Instancia así lo entendió. Apelada su resolución, fue ésta revocada. Recurren al Supremo los actores y el alto Tribunal estima en parte el recurso de casación interpuesto. (R. G. S.)

57. No es aplicable el principio de equidad cuando de los textos legales —aquí, la LPH— se deduce con claridad una solución para los puntos en litigio.—En el motivo primero se denuncia infracción del párrafo segundo del artículo 3 CC, y en su alegato la Comunidad de propietarios recurrente aduce, en esencia, que la sentencia recurrida, después de reconocer expresamente que las obras de transformación del local comercial único del edificio en seis departamentos distintos, realizadas por la entidad mercantil demandada, afectan a elementos comunes del edificio y que, al haber sido realizadas sin autorización de la Comunidad de propietarios demandante, lo procedente sería condenar a dicha entidad demandada a reponer el local a su estado originario, basándose exclusivamente en razones de equidad, hace el confuso razonamiento primero de su fallo, cuando la aplicación de la equidad, dice la recurrente, no está permitida cuando existen normas expresas e imperativas claramente aplicables al caso debatido.

El expresado motivo ha de ser estimado, ya que el artículo 3.2 CC sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita, teniendo esta Sala declarada de manera reiterada y uniforme que el principio de equidad, que es supletorio de la aplicación de las leyes y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal, no es aplicable en hipótesis en que de los textos legales se deduzca con claridad una resolución de los puntos en litigio (SS de 8 de marzo de 1982, 15 de julio de 1985, 6 de octubre de 1987, 3 de julio y 16 de octubre de 1990, 7 de julio y 8 de octubre de 1992, 5 de mayo y 30 de diciembre de 1993, entre otras). Como para la resolución del presente supuesto litigioso no se hace remisión normativa expresa alguna a la equidad y como, por otro lado, no existe ningún vacío legal a suplir con la misma, pues la LPH tiene la previsión normativa suficiente para el caso litigioso aquí contemplado, es evidente que la aplicación exclusiva que la sentencia recurrida ha hecho de la equidad para la confusa resolución del mismo, mediante el pronunciamiento primero de su fallo ha sido totalmente improcedente. (STS de 10 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—El litigio originario tiene su origen en la división de un local comercial en varios departamentos sin contar para ello con autorización de la Junta de propietarios y afectando además a elementos comunes del edificio. El Juzgado estima la demanda de la Comunidad de propietarios y condena a la entidad propietaria del local a reponer éste a su estado originario. La Audiencia revoca en parte la sentencia del Juzgado determinando que la obra se circunscriba a cuanto afecta a lo realizado en los servicios comunes. Ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

58. Validez de la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal hecha por todos los comuneros. Obliga al comprador con posterioridad de un piso.—Tratándose aquí la cuestión desde un punto de vista puramente civil y excluyendo todo aspecto administrativo, es llano que las obras se realizaron por quienes eran entonces únicos propietarios del inmueble y la modificación del título constitutivo por el acto conjunto de todos los que entonces eran comuneros, de manera que ha de concluirse que dicha modificación tiene plena validez jurídica (ver arts. 5 y 16 LPH). Si hubo, pues, acuerdo válido para quienes lo firmaron, únicos titulares de los intereses por él reglamentados, sin que pueda hablarse, según lo antes expuesto, de falsedad o error de la causa o del objeto (de éste se recogió la finalidad pretendida) y el acto o acuerdo jurídico es vinculante para quienes lo firmaron, también ha de serlo para el causahabiente a título particular o singular de los Sres. C., al haber adquirido de ellos el piso segundo del edificio mediante contrato de compraventa, de manera que ha de soportar, los efectos del acuerdo adoptado con anterioridad a la transmisión por aquéllos, pues como ya estableció esta Sala en SS de 3 de octubre de 1979 y 20 de febrero de 1981 «los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante» (extremo que ha de llevarse al acuerdo o acto conjunto aclaratorio o modificativo del título constitutivo). (STS de 19 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor impugna el acto de modificación del título constitutivo de la división horizontal por el que se desafectaba como elemento común la construcción realizada en el ático, adquiriendo ésta la condición de parte privativa. El Juzgado acogió la demanda pero la Audiencia revocó la resolución dictando sentencia en la que desestimaba la pretensión del actor. Interpone éste recurso de casación y el TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

59. Inaplicación de la LPH a la Comunidad de titulares de puestos de atraque de Puerto Banús. Falta de analogía.—La analogía que contempla el artículo 4.1 CC exige una semejanza o identidad de razón (SS, entre otras, de 12 de junio de 1990, 4 de junio de 1993, 11 de mayo de 1995, 2 de febrero de 1996) que no se da en el presente supuesto con la LPH que es una ley especial que se aplica a un tipo específico de comunidad; a su normativa se aplica supletoriamente la del Código civil, según el artículo 4.3 de este último. Pero no cabe que sus normas se apliquen a otras entidades. Distinto es el caso de aquellas comunidades que son tipos especiales de propiedad horizontal (como la llamada propiedad horizontal acostada, o los conjuntos inmobiliarios) a las que se aplica la LPH directamente, no por analogía.

Por tanto, a la comunidad de titulares de puestos de atraque no se le puede aplicar la normativa de la propiedad horizontal. (STS de 30 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los actores demandan a la Comunidad de titulares de puestos de atraque de Puerto Banús y solicitan del Juzgado que reconozca su derecho a ser representados en la asamblea de la Comunidad, la anulación de los acuerdos aún no ejecutados y se condene a la entidad a realizar una nueva convocatoria de asamblea. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por apreciar prescripción y, en cuanto al fondo, por entender falto de requisitos el negocio representativo. La resolución fue revocada por la Audiencia. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

60. Constitución de servidumbre por signo aparente. Requisitos de la manifestación contraria a la existencia de dicha servidumbre.—Después de hacer constar que el párrafo segundo del artículo 1218 CC carece en absoluto de aplicación a este supuesto litigioso, ya que aquí los litigantes no han otorgado recíprocamente entre ellos escritura pública alguna, a la que pueda ser referido el aludido párrafo segundo del citado precepto, el expresado motivo ha de ser desestimado, ya que apareciendo plenamente probado que el propietario único del local izquierdo de la entreplanta y del local de la planta primera del edificio estableció el referido signo aparente de servidumbre entre ambos locales, sin que al enajenar los mismos a diferentes personas (los aquí demandante y demandado respectivamente), lo hiciera desaparecer, ni expresara en los respectivos títulos de enajenación nada contrario a la continuación (activa y pasivamente) de dicha servidumbre, ello comporta, como acertadamente han entendido las constantes sentencias de la instancia, la constitución de la referida servidumbre conforme al artículo 541 CC (constitución llamada «por signo aparente» o «por destino del padre de familia»), por concurrir todos los requisitos que, para ello, exige el citado precepto, sin que el mero hecho de que en la escritura de venta del local de la planta primera al demandado se expresara escuetamente que el mismo se encontraba libre de cargas pueda ser considerado como una manifestación o expresión contraria a la existencia de la repetida servidumbre, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que dicha manifestación ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente, para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas se hiciera constar que se adquirió libre de cargas (SS de 10 de octubre de 1957, 21 de enero de 1960, 16 de abril de 1963, 2 de junio de 1972, 30 de diciembre de 1975, 13 de mayo de 1986, 31 de enero de 1990, entre otras). (STS de 20 de diciembre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El propietario único de dos locales estableció un signo aparente de servidumbre entre ambos, consistente en la colocación de dos motores con las conexiones necesarias en uno de ellos, a fin de dotar de ventilación al otro. Al vender los locales a dos personas distintas, ni hizo desaparecer tal signo aparente ni expresó en los respectivos títulos de enajenación nada que fuese contrario a la existencia de dicha servidumbre entre ambos. El titular del predio dominante ejercita acción confesoria de servidumbre reconocida por el Juzgado y la Audiencia. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada en el extremo relativo a los aspectos procesales de la indemnización de daños y perjuicios que el demandante exigía. (R. G. S.)

61. Extensión objetiva de la hipoteca. Alcance del artículo 110 LH.—El texto del artículo 110 LH, como bien advierten las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, en cuanto a la extensión de la hipoteca a las mejoras realizadas en la finca gravada que refiere la norma y lo prevenido en el artículo 1877 CC, exige llevar a cabo interpretación integradora de los supuestos legales previstos, y ello impone contemplar una situación dinámica, que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final ha de precisarse al tiempo de su ejecución.

La lectura del referido artículo 110 permite alcanzar la conclusión de que la hipoteca se extiende sin necesidad de pacto a las situaciones en las que se produzca elevación de los edificios, pero no cuando se trata de mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no existían, que necesariamente sí precisan medie pacto y han de reputarse expresa y totalmente

excluidas. Ninguno de estos supuestos encaja en el supuesto litigioso, pues al tiempo de otorgarse la escritura de 23 de abril de 1986 ya estaban construidos los pisos sobre la planta baja, que continuó integrada como finca registral independiente, y también desde su consideración material, al configurar por sí misma propia unidad para acceder al tráfico jurídico, como lo acredita el hecho de haberse servido de garantía hipotecaria y operar posteriormente en tal consideración de finca autónoma, independiente y suficientemente individualizada, lo que cabe predicar también para los pisos altos, facilitándose así su reivindicación por quien resulte titular legítimo, que, en este caso, es estado jurídico que ha de atribuirse al actor del pleito.

Lo que se deja dicho, conduce al discurso casacional, a reafirmar que en las dos escrituras de constitución de hipoteca no se incluyeron los pisos edificadas sobre el bajo y no se integran conformando una sola finca, concepto distinto de edificio único, por lo que faltó el necesario pacto para extender a los mismos su adjudicación a favor de los recurrentes, con desposesión y lanzamiento del recurrido. En otro caso, se produciría una interpretación amplia del referido precepto hipotecario 110 para abarcar a todo el edificio levantado, cuando lo que se hipoteca es una parte independiente y bien determinada del mismo, como finca singular, por lo que se efectuaría conculcación del artículo 1876 CC que sujeta directa e inmediatamente la hipoteca «a los bienes sobre los que se impone». (STS de 15 de diciembre de 1997; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La cuestión central del pleito que llega al TS se concreta en delimitar si se extiende la hipoteca constituida sobre una planta baja inscrita a dos pisos construidos sobre ésta y carentes de toda constancia registral. Las sentencias de instancia son concordes en su negativa. Idéntico criterio mantiene el Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación en lo que a este extremo se refiere. (R. G. S.)

62. **Hipoteca mobiliaria.**—La jurisprudencia del TS se ha decantado por declarar la nulidad absoluta de los contratos de hipoteca mobiliaria sobre bienes anteriormente embargados, aunque el embargo no haya sido anotado en el Registro especial, si el acreedor hipotecario conocía la existencia del embargo al tiempo de constituirse el gravamen. (STS de 23 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.—*Envases Europeos, S. A. L.* formuló demanda de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de los de Murcia, contra la mercantil *Litomar, S. A.*, sobre declaración de nulidad, ineficacia, rescisión o cancelación de hipoteca mobiliaria, que desestimó la demanda. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

63. **La fe pública registral no se extiende a los datos de hecho.**—El ámbito protector de la fe pública registral no se extiende a los datos o circunstancias de mero hecho (extensión o cabida de las fincas, linderos de las mismas, etc.), sino sólo a los datos jurídicos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo).

Acción reivindicatoria.—Cuando el poseedor contra quien se dirige la acción reivindicatoria tiene un título más o menos firme, es preciso obtener, previamente, la declaración de nulidad del mismo para que dicha acción prospere. Además, la identificación de la cosa reivindicada (que constituye uno de los requisitos esenciales que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicato-

ria) integra una cuestión de hecho de la libre apreciación de los juzgadores de la instancia y, como tal, solamente susceptible de ser sometida a esta revisión casacional por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba.

Saneamiento por evicción.—La posibilidad de llamar al proceso (*llamada en garantía*) al vendedor de una cosa, ante un posible supuesto de saneamiento por evicción, es una facultad que corresponde única y exclusivamente al comprador de dicha cosa (arts. 1481 y 1482 CC), pero en ningún caso es un derecho (ni menos un deber) que corresponda al tercero que ejercita una acción reivindicatoria de la referida cosa, el cual ha de limitarse a demandar al que, atribuyéndose la titularidad dominical de la cosa reivindicada, se halle en la posesión de la misma. (STS de 7 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Don Manuel C. R., formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia de Verín (Orense), demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña María Soledad C. San R. y su esposo don José Luis P. P., don José Luis G. L. y su esposa doña Estrella R. S., don Manuel C. San V. y su esposa doña María del Carmen O. V., don Luis P. N. y don Benigno G. F. y su esposa doña Elisa F. S., sobre inexactitud y rectificación de inscripción registral, sobre una franja de terreno que se discutía si estaba o no integrada en una determinada finca registral, habida cuenta de los linderos bajo los que figuraba inscrita. La Ilma. Sra. Juez de Primera Instancia, dictó sentencia estimando la demanda. La Audiencia Provincial de Orense estimó el recurso, revocando la decisión de instancia. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

64. Doble inmatriculación. Resolución de la misma conforme a normas de Derecho civil sustantivo, correspondiendo la titularidad dominical de la finca registral al primer adquirente de la misma en quien, además, concurre la condición de tercero hipotecario, de la que carece el otro titular registral. Tradición instrumental.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que, en general, y salvo el caso del tercero hipotecario, en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme a las normas de Derecho civil puro, con exclusión de las de índole hipotecaria. Por tanto, según ello, ha de determinarse cuál de los dos titulares registrales en litigio adquirió con anterioridad el dominio de la finca litigiosa (única existente), conforme a las citadas normas de Derecho civil, adquisición que ha de venir determinada, en las transmisiones a título oneroso, por la concurrencia del contrato con la tradición o entrega de la cosa, según la teoría del título y el modo que, para las citadas adquisiciones a título oneroso, rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1095 CC). La expresada tradición puede ser realizada, entre las múltiples modalidades de la misma, por la forma instrumental que regula el artículo 1462.2 CC, con arreglo al cual, cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario. En el presente supuesto litigioso, aparece probado que el recurrente compró la finca litigiosa mediante escritura pública de fecha 6 de julio de 1972, en cuya fecha ha de entenderse que le fue entregada la referida finca, a virtud de la expresada tradición instrumental, toda vez que de la mencionada escritura pública de venta, no sólo no resulta, ni se deduce nada en contrario de la referida entrega, sino que la misma evidencia que se llevó a efecto en dicha fecha, toda vez que la expresada finca fue segregada (en la misma escritura pública) de otra mayor (finca matriz) por el propietario titular registral de ésta precisamente para vender aquélla, como así lo hizo en la misma escritura pública antes referida, al Sr. H. L. M., el cual, por tanto,

adquirió la propiedad de la finca litigiosa en la citada fecha del otorgamiento de la repetida escritura pública de segregación y venta y, por tanto, con mucha anterioridad a la fecha celebración de la subasta en que el demandado don A. V. M. fue el mejor postor con respecto a esta finca, cuya subasta, por otro lado, se celebró en un procedimiento administrativo de apremio que no fue tramitado contra don H. L. M., ni contra el anterior titular registral de la finca que, por segregación, se la había vendido a aquél, a lo que ha de agregarse también que el Sr. H. L. M. inscribió a su nombre la referida finca en 10 de julio de 1985 y, por tanto, con anterioridad a que el demandado Sr. V. M. en 10 de febrero de 1986, la inmatriculara a su nombre, al amparo del artículo 205 LH. Por tanto, y resumiendo, es indudable que, conforme a las normas de Derecho civil puro, la propiedad de la finca litigiosa corresponde al demandante don H. L. M., por haber sido quien adquirió con anterioridad la propiedad de la misma. Pero es que, por otro lado, cuando uno de los titulares registrales reúne la condición de tercero hipotecario y el otro no, el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, en favor del tercero protegido por la fe pública registral, sin tener que acudir a las anteriormente dichas normas del Derecho civil puro. En el presente supuesto litigioso, en el demandante don H. L. M. concurre la condición de tercero hipotecario, en cuanto adquirió la finca litigiosa de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirla (el titular registral de la finca matriz que segregó la litigiosa y la vendió al referido Sr. L. M.) e inscribió su derecho en el Registro. En cambio, en el demandado don A. V. M. no concurre la condición de tercero hipotecario, al no concurrir en el mismo uno de los requisitos que configuran tal instituto jurídico, cual es el de que la persona de quien adquirió la finca en subasta (don M. C. O., contra quien se tramitó únicamente el expediente administrativo de apremio) no era titular registral de dicha finca y, por tanto, según el Registro carecía de facultades para transmitirla. Por lo anteriormente expuesto y razonado, los dos motivos a que aquí nos hemos venido refiriendo han de ser estimados. (STS de 9 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. V. M. adquiere en subasta una finca perteneciente a don M. C. O., contra quien la Recaudación de Tributos del Estado había seguido por impago de deudas, procedimiento de apremio. Don H. L. M. interpone acción contradictoria de dominio y de nulidad o cancelación registral, respecto a la finca adquirida, alegando doble inmatriculación y la preferencia de su derecho. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado. Ha lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

65. Separación de hecho y sociedad de gananciales.—La libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges. Por tanto, la adquisición de un bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, después de la suscripción del documento privado en que se pacta, y antes de iniciarse el proceso de separación matrimonial, determina, sin más, el carácter privativo del bien para el cónyuge que lo adquirió. Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de un cónyuge, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforme uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos.

Eficacia del convenio privado regulador de la separación de hecho.—Salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario en favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos *inter partes* de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad. Tampoco pueden confundirse en relación con la separación de hecho, lo que es la disolución formal de la sociedad de gananciales, acordada judicialmente la consiguiente apertura de su liquidación, con la desaparición de la causa generadora de la sociedad, fundada en la convivencia matrimonial que impide en las condiciones ya indicadas el acrecentamiento de los bienes gananciales, a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados. (STS de 27 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María Concepción M. R. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid, contra don Miguel Ángel C. L., sobre reclamación de derechos sobre determinados bienes que consideraba gananciales, que estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, sección decimonovena estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

66. Filiación no matrimonial.—Para obtener una declaración de paternidad no solamente es precisa la legitimación procesal en ese sentido, sino que la referida pretensión ha de estar avalada por el principio de la verdad biológica o por la posesión de estado paterno-filial. Descartada en este caso la prueba biológica, por negativa de la madre, no puede estimarse tal negativa como una *ficta confessio*, y aunque la misma pueda catalogarse, en la mayoría de los casos, como una conducta antisocial, por llevar ínsita una negativa a prestar la colaboración necesaria a la Administración de Justicia que sirve para contribuir al esclarecimiento de la realidad de la paternidad reclamada, dicha conducta *per se* no se podrá estimar como presunción *iuris et de iure* de la paternidad pretendida. (STS de 29 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—Don Joaquín A. G. promovió demanda sobre reclamación de filiación no matrimonial contra doña María Almudena P. F., siendo parte el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Astorga, que estimó la demanda y declarando que la menor A. P. es hija no matrimonial del actor. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, desestimó el recurso. El TS declaró haber lugar al recurso. (A. J. C.)

67. Filiación extramatrimonial.—Una vez suficientemente probada, por diversos elementos, la relación entre los contendientes, más la negativa a la práctica de la prueba biológica de la paternidad, a la que expresamente se opuso el demandado, alegando enfermedad incompatible con la procreación, son razones ambas suficientes para acceder a la pretensión de paternidad, según constante jurisprudencia. (STS de 23 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Carmen C. N. interpuso demanda sobre declaración de filiación extramatrimonial contra don Antonio P. S., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de los de Madrid, que estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid, sección vigesimosegunda desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

68. Nulidad de testamento.— Que tratándose en el presente supuesto de una acción de nulidad de testamento basada en la falta de capacidad de la testadora, la doctrina del TS en interpretación de tales preceptos, ha establecido: *a)* Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos. *b)* No basta apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte. *c)* Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido. *d)* Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador; 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón; 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio, según testimonian el Notario y los testigos. *e)* La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum* que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa. *f)* La falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción *iuris tantum*». *g)* Restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante. (STS de 27 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Motilla del Palancar, fue presentada demanda por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, la Congregación de los Sagrados Corazones y de la Adoración Perpetua, y don Luis G. M., contra don Florencio H. H. y doña Blasa C. G., sobre nulidad de testamento, demanda que fue estimada. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

69. Aceptación tácita de la herencia.—La aceptación tácita la define el artículo 999, párrafo 3.º, CC: *la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero*; lo cual expresa la idea que ya recogían Las Partidas (Sexta.6.11) de que *acepta tácitamente el que realiza «actos de señor»*; o lo que es lo mismo, y conviene destacarlo, la realización de *actos concluyentes* de los

que se deriva la *voluntad inequívoca* de aceptar, en el sentido de que revelan la intención de hacer la herencia como propia.

La instalación, por el mismo, en la finca, del consultorio de odontología, dio lugar a una posesión, no en concepto de propietario, sino en calidad de usufructuario, sin que se pueda reputar aceptación tácita de la herencia.

Tampoco la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio significa aceptación tácita de la herencia. Si va acompañada de otros actos decisivos, verdaderos *actos de señor* puede ser un argumento adicional para estimar la presencia de una aceptación tácita, pero no por sí sola. El pago del impuesto es un deber jurídico que impone una ley fiscal y no puede entenderse que sea un acto libre, sino, por definición, un acto debido y el artículo 988 CC que proclama el primero de los caracteres de la aceptación, la voluntariedad al disponer que *la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres*. (STS de 20 de enero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María Eugenia C. O. y don Julio C. O., interpusieron demanda de juicio de menor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Villagarcía de Arousa, sobre acción reivindicatoria contra doña María Cruz C. M., que estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra, sección cuarta, desestimó el recurso. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J. C.)

DERECHO MERCANTIL

70. Marca. Derecho de uso exclusivo: lesión.—El derecho que la marca registrada otorga a su titular puede ser violado de forma aislada. La lesión del mismo conlleva la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, incluidos los que afecten al honor y prestigio del titular de la marca. La valoración no puede ser objeto de impugnación casacional, salvo que su determinación haya sido contraria a la racionalidad o conculque las más elementales directrices de la lógica. (STS de 2 de octubre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—*Chanel, S. A.*, demanda a doña C. M. M., por vender unos pendientes de bisutería que lesionaban sus derechos como titular de una marca registrada, solicitando el cese de los actos ilegítimos y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado estimó la demanda. La demandada recurre en apelación y la Audiencia estimó parcialmente el recurso, al reducir la cantidad a satisfacer. No prosperó el recurso de casación. (I. D. L.)

71. Proclamación del uso íntegro de las marcas comerciales.—Para una perfecta clarificación de la cuestión planteada, hay que tener en cuenta que en la presente *litis* conviene distinguir perfectamente la marca registrada con el núm. 45.462 y la marca registrada con el núm. 1.110.452. La primera se trata de una marca no sólo de denominación sino que va acompañada de otros datos gráficos que imponen un conjunto exclusivo y delimitante, enclavado en «una etiqueta rectangular con un collarín que figura media luna en la que se lee -fino bandera-, y en la etiqueta hay una franja de los colores nacionales y la inscripción “Fino Bandera”, atravesando el collarín y la etiqueta una cinta también con los colores nacionales. Por su parte, la marca núm. 1.110.452, exclusivamente denominativa -Bandera-, sin gráfico alguno, es la que ha venido utilizando la firma recurrente, dando a dicho uso un carácter extensivo, en el sentido de afir-

mar que el uso de esta última marca, significaba el uso, asimismo, de la primera, en base a la grafía común existente en la dos marcas: "Bandera"».

Sobre este extremo recuerda la sentencia que lo que ha pretendido la Ley de Marcas, de 10 de noviembre de 1988, es proclamar el uso íntegro de toda clase de marcas, según la forma en que fueron registradas, impidiendo la toma parcial de signos de una marca como uso de la misma, lo que, de permitirse, provocaría, a juicio del Tribunal, un caos comercial inadmisibles. Así lo resalta la Directiva Comunitaria de Marcas de 21 de diciembre de 1988, cuando concreta el concepto de marca como un todo inamovible con prohibición de desmembrar su contenido para que puedan surgir otras marcas.

Caducidad de las marcas comerciales.—El período de tiempo de no utilización de la marca cuya declaración de caducidad se reclama es muy superior a cinco años. Y este *factum* de la sentencia recurrida, es inatacable en el actual cauce procesal de casación, so pena de convertir este recurso extraordinario en una tercera instancia. Por todo ello, no se puede tener en cuenta la tesis de la parte recurrente de la no correcta interpretación del artículo 53.A de la Ley de Marcas. (STS de 16 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granada, en juicio de menor cuantía, se formula por la entidad mercantil *Antonio Bandeira, S. A.*, demanda contra la mercantil *Hijos de Rainera Pérez Marín, S. A.*, solicitando se declare caducada por falta de uso la marca núm. 45.462, así como la cancelación de su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, la cual es revocada por la Audiencia Provincial. No prospera el recurso de casación. (O. M. B.)

72. Propiedad Industrial. Rótulo comercial. Concepto y transmisión.—El rótulo identifica el local físico en el que se desarrolla la actividad comercial, produciéndose una vinculación necesaria entre el rótulo y el establecimiento, naciendo con éste cuando se abre al público, y si se transmite el negocio, sin reserva especial, también se transmite el rótulo (STS de 13 de diciembre de 1993). No puede alegarse la utilización de signo comercial igual o idéntico con posterioridad al registrado, si la utilización tiene su causa en la facultad de libre disposición que asiste al titular del derecho al uso exclusivo del mismo, quien transmitió el negocio con el rótulo que tenía desde su fundación.

Confusión en la denominación.—El hecho de que distintos rótulos tengan algún vocablo en común no acarrea la confusión entre los mismos si del conjunto de términos empleados resultan claras semejanzas por tener otro vocablo que es bien expresivo, intenso y diferenciador haciendo que tales denominaciones no sean semejantes ni fonética, ni gráfica, ni conceptualmente. La confusión ha de resultar de la totalidad de los términos literarios o gráficos empleados (SSTS de 2 de abril de 1990, 14 de abril de 1993 y 16 de mayo de 1995). (STS de 6 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante solicita se declare la propiedad del rótulo comercial *Bar Bigote-Bonanza*, la nulidad de la concesión del rótulo *Casa Bigote* y, consecuentemente, se cancele el asiento practicado en el Registro de la Propiedad Industrial sobre el mismo. El Juzgado desestimó la demanda. El actor recurre en apelación y la Audiencia revoca dicha sentencia. El TS desestimó el recurso de casación. (I. D. L.)

73. Los modelos industriales. Normativa aplicable a los mismos.—Siguiendo doctrina científica, se pueden definir los modelos industriales como las creaciones estéticas destinadas a servir de modelo para la fabricación de un producto industrial o de artesanía, y en la actualidad su normativa se encuentra situada en el capítulo III (arts. 182-193) del título IV del Estatuto de Propiedad Industrial, que lleva el rótulo general de «modelos». Por ello, los modelos industriales en cuanto creaciones de forma que son, constituyen bienes inmateriales, amparados por un derecho de exclusiva en los términos de lo dispuesto en el título primero del Estatuto de Propiedad Industrial y susceptibles de inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Dicho Estatuto de Propiedad Industrial (Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, texto refundido aprobado por Real Orden de 30 de abril de 1930 y ratificado por Ley de 16 de diciembre de 1931) ha sido derogado en parte por la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, pero no en su ya mencionado capítulo III del título IV; por todo ello, se debe insistir en la inaplicabilidad al modelo industrial en cuestión de los artículos que la parte recurrente estima como infringidos (arts. 143 y 145 de la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986, el artículo 54 de dicha Ley, y el artículo 153 de la citada Ley de Patentes), pues dada su falta de vigencia para el recurso controvertido, no surge, ni siquiera, la posibilidad de ser tenidos en cuenta.

Supuesto de la cuestión debatida.—Efectivamente, lo que pretende la parte recurrente es hacer una valoración *pro domo sua* de la prueba practicada en autos, tratando con ello de desvalorizar la acción hermenéutica efectuada para conformar el *factum* de la sentencia recurrida, el cual debe, desde un punto de vista casacional, permanecer incólume, a no ser que se hubiera llegado a él de una manera ilógica, irracional o perversa, consecuencias que no se dan en dicho núcleo de hechos probados. En conclusión, que la parte recurrente ha recaído en el vicio procesal denominado doctrinalmente supuesto de la cuestión debatida, que no indica otra cosa que, según se dice en la sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de abril de 1987, a partir de una premisa dialéctica que ha sido destruida conforme a la situación de hecho declarada en la instancia, con la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a tales hechos, situación no desvirtuada en el recurso, o como se afirma en la sentencia de 4 de febrero de 1993 que sitúa el supuesto de la cuestión, cuando en la fundamentación de un motivo se parte de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener antes su integración por parte del Tribunal casacional.

Así ha actuado la parte recurrente, ya que ha tratado de desvirtuar un resultado declarado probado, como es que el modelo industrial en cuestión tiene la categoría de novedad, conclusión a la que se ha llegado en la sentencia recurrida —que recoge datos de la de primera instancia— después de un análisis lógico, dentro del área de la sana crítica de la prueba pericial, de la documental e incluso de la prueba de reconocimiento judicial practicada. (STS de 4 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Burgos, se promueve juicio de menor cuantía contra la empresa *Industrias de la Forja, S. A.*, sobre el derecho a utilizar en exclusiva un modelo industrial. En la citada demanda se solicita el cese de los actos perturbadores del derecho del actor, la condena a la demandada a indemnizar en los daños y perjuicios sufridos por dichas perturbaciones, el embargo de los objetos fabricados preparados para su comercialización con violación del derecho del actor, y de los medios destinados a tal producción, con la atribución al demandante en propiedad

de los citados medios, con cargo de su valor a la indemnización de daños y perjuicios, ordenando, asimismo, a cargo del demandado la publicación de la sentencia en el BOE y en los periódicos de mayor tirada de los lugares donde la demandada haya ejercido la comercialización de las citadas piezas protegidas por el modelo industrial. La parte demandada, además de contestar a la demanda, formula reconvencción, solicitando se declare la nulidad del citado modelo industrial. La sentencia de primera instancia estima la demanda presentada, sin imposición expresa de las costas. Se interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Burgos, que desestima el recurso, confirmando íntegramente los pronunciamientos de la sentencia recurrida, imponiendo a la demandada apelante las costas de apelación. Formalizado recurso de casación ante el TS por la demandada, se declara por este Tribunal no haber lugar al recurso, imponiendo el pago de las costas procesales a la parte recurrente. (A. I. H. O.)

74. Contrato atípico de colaboración empresarial. Resolución unilateral. Incumplimiento del deber estipulado de preavisar.—La resolución unilateral del contrato, incumpliendo el deber de preavisar es válida, pero origina una obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la parte colaboradora, que se fijarán en atención a los días del plazo de preaviso que restaban al tiempo de ejecutarse la resolución.

Contrato atípico de colaboración empresarial. Resolución unilateral. Indemnización por clientela.—Las indemnizaciones compensatorias por clientela, que nada tienen que ver con las derivadas del incumplimiento contractual, han venido siendo admitidas por la jurisprudencia del TS —SS de 22 de marzo de 1998, 17 de marzo y 27 de mayo de 1993, 25 de enero de 1996 y 14 de febrero de 1997— desde antes, incluso de la entrada en vigor de la Ley sobre Contrato de Agencia. Su justificación se encuentra en que si, al extinguirse el contrato de colaboración, el concedente se favorece de la clientela generada por la actividad de la otra parte en el cumplimiento de sus obligaciones, está experimentando un enriquecimiento sin causa correlativo al perjuicio del colaborador, dada la disminución o pérdida que en sus propios negocios futuros experimenta éste, al no obtener beneficios económicos de la clientela perdida. (STS de 31 de diciembre de 1997; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Arias, Transportes de Lugo, S. L.*, había celebrado contrato atípico con la actora *Transportes Ochoa, S. A.*, por el que prestaba sus medios y organización para actividades de colaboración empresarial, en régimen de corresponsalía en Lugo, consistentes en realizar el transporte terrestre de mercancías. A los tres años, la demandante resolvió el contrato unilateralmente, mediante carta y sin cumplir con el plazo de preaviso estipulado, llevando a cabo su propia instalación en la provincia en cuestión y prescindiendo de los servicios de aquélla.

Transportes Ochoa, S. A., interpuso demanda contra *Arias, Transportes de Lugo, S. A.*, reclamando 12.655.000 pesetas. La demandada formuló reconvencción, solicitando se condenara a la demandante al pago de indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante correspondiente al período de preaviso incumplido. Asimismo, exigía el abono del importe pendiente de amortizar al extinguirse el contrato, por las inversiones mobiliarias e inmobiliarias realizadas en el transcurso del mismo. Finalmente, pedía una compensación económica por las ventas comerciales de captación de clientela e introducción en la zona obtenidas por la empresa demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, al condenar a la demandante al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados por no haber cumplido el plazo de preaviso, confirmando en lo demás la sentencia de la instancia. (A. G. G.)

75. Naturaleza y significado jurídico comercial del contrato de cuenta corriente.—En virtud de la configuración jurídica del contrato de cuenta corriente existente entre las partes, es aplicable su naturaleza en los términos, que entre otras, se plasmó, en la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1995, donde se hace constar que: «Dentro de los hoy llamados “contratos bancarios”, según la doctrina el contrato de cuenta corriente es en el Derecho español una figura atípica que encuentra su singularidad o elemento causal, desde el punto de vista de los titulares de la cuenta, en el llamado “Servicio de Caja”, encuadrable en nuestro Derecho dentro del marco general del contrato de comisión mercantil (art. 254 CCO, aplicable por analogía), el Banco en cuanto mandatario ejecuta las instrucciones del cliente (abonos, cargos...) y como contraprestación recibe unas determinadas comisiones, asumiendo la responsabilidad propia de un comisionista». Asimismo, en cuanto a su significado jurídico comercial se decía en S de 15 de julio de 1993 que: «Ha de hacerse constar que la cuenta corriente bancaria va adquiriendo cada vez más autonomía contractual, despegándose del depósito bancario que le servía de base y sólo actúa como soporte contable. En todo caso, la cuenta corriente bancaria expresa siempre una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene y que encuentra causa, tanto en operaciones activas como pasivas, es decir, que responde tanto a operaciones efectivas en dinero, como de créditos que el Banco concede a los clientes. Su autonomía la decide al salir del círculo Banco-cuenta correntista, para realizarse mediante la misma operaciones de caja, a través de las cuales se efectúan transferencias y pagos a terceros, mediante las correspondientes órdenes de los titulares, lo que obliga a las entidades, en cumplimiento de la Orden de 12 de diciembre de 1989, a facilitar a los clientes información adecuada, extractos de las operaciones que con su cuenta son realizadas y los cargos de gastos por intereses devengados en favor o contra comisiones y demás autorizados...».

Actuación diligente del Banco en cumplimiento del contrato de cuenta corriente.—Entiende el Tribunal que el Banco depositario adoptó las prevenciones normales y habituales en el decurso de su tráfico (por lo que no vulneró sus obligaciones, ni la del art. 1766, ni las de en su caso arts. 1718 ss. CC, ni tampoco las del art. 254 CCO), ya que la presentación de las facturas y el abono de las mismas, por el Banco, así como después, la remesa de los comprobantes, determinaban que el Banco actuaba bajo la diligencia requerida al socaire de la confianza que le inspiraba no sólo la presentación de instrumentos para su abono y cargo en la cuenta corriente de la demandada, sino incluso, por las características personales de dicho empleado, subrayando la Sala que, las causas por las cuales la conducta de éste determinó el ilícito cometido, sancionado en la jurisdicción penal, no debe enturbiar la referida diligencia del Banco, pues, se trataría entonces de una especie de *culpa in eligendo e in vigilando*, que afectaría en exclusiva a las relaciones entre la empresa y su empleado, por cuanto es ésta la que debía actuar bajo la fidelidad de su empleado, así como controlar sus relaciones con la entidad bancaria, y, sobre todo, apreciar si por las circunstancias personales del mismo, era merecedor de que asumiese un cometido de tanta responsabilidad.

Inaplicación del artículo 1162 CC.—No cabe afirmar que el artículo 1162 CC tenga conexión con el caso del litigio, ya que los pagos verificados en esa prác-

tica bancaria no deben entenderse como realizados a un tercero o persona previamente legitimada por el acreedor, porque, en definitiva, el receptor de los pagos era una persona empleada de la propia empresa, titular de la cuenta corriente, y que actuaba con apariencia razonable en nombre de la misma. (STS de 21 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta por *Amo, S. A.*, contra el *Banco Español de Crédito*, en la que reclamaba 14.870.224 pesetas, por culpa contractual de la entidad, al no actuar ésta con la diligencia exigible al cargar en la cuenta corriente abierta una serie de facturas falsificadas por un empleado de la Empresa demandante. Esta decisión fue objeto de recurso por la actora, resuelto en sentido desestimatorio. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.).

76. Contrato de seguros. Mediación del corredor de seguros. No es parte del contrato.—De acuerdo con el artículo 14.1 de la Ley 9/1992, de Mediación en Seguros Privados, los corredores de seguros realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras o pérdida de independencia con respecto a las mismas. Independencia que impide que el corredor pueda resultar parte del contrato de seguro y, en consecuencia, obligado por el mismo. (STS de 23 de enero de 1998; ha lugar.)

HECHOS.— Ante la producción del evento cuyo riesgo había sido objeto de cobertura mediante contrato de seguro, el tomador y asegurado demanda a la entidad aseguradora y al corredor de seguros que medió en la contratación, reclamando el pago, en régimen de solidaridad, de la indemnización correspondiente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en parte, condenando a la aseguradora al pago de la indemnización, y absolviendo a la empresa corredora de seguros. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de la instancia, imponiendo la obligación de indemnizar solidariamente a la aseguradora y a la entidad corredora. (A. G. G.)

77. Compraventa mercantil. Doctrina *aliud pro alio*. Distinción del saneamiento por vicios.—Cuando la mercancía objeto del contrato es útil para el uso a que va destinado, la constatación posterior de eventuales vicios internos no supone que se haya entregado cosa distinta de la pactada, lo que permitiría acudir a las normas generales reguladoras del incumplimiento contractual, como los artículos 1101 y 1124 CC, sino que habrá de procederse a la aplicación de las normas relativas al saneamiento por vicios en la compraventa mercantil, como los artículos 327, 336 y 342 CCO, de los que se desprenden unos menores plazos de reclamación para el comprador. (STS de 30 de diciembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—*Construcciones Loren, S. A.*, contrata con *Granisur, S. L.*, el suministro de mármol para la construcción de una vivienda. Entregada y no rechazada una partida de losetas de la calidad pactada, e incluso colocadas en la construcción, se detectan defectos en las mismas —se desconoce si por una manipulación incorrecta o si simplemente no se revisaron bien antes de utilizarlas—, razón por la cual la

constructora decide no pagar la factura. *Granisur, S. L.*, interpone, en consecuencia, demanda contra aquélla, exigiendo el cumplimiento del contrato. La demandada formula reconvencción, solicitando indemnización por los daños y perjuicios causados por las deficiencias del material. Se da la circunstancia de que la compradora, en dos ocasiones anteriores, había rehusado recibir, dejando impagada la factura, el mármol suministrado, que la empresa vendedora había procedido a retirar sin queja alguna. (A. G. G.)

78. Responsabilidad por abono de cheques falsificados.—Las excepciones a la responsabilidad del librado por el pago de cheques falsos o falsificados recogidas en el artículo 157 LCC se refieren a hechos realizados por el librador antes de llevarse a cabo la falsificación que propicia el error de la entidad bancaria.

Doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario.—El favorecido por una actividad que le resulta de utilidad debe asumir los riesgos derivados de la misma. Así, es doctrina jurisprudencial constante, tal y como señala la STS de 1 de marzo de 1994, la de atribuir la responsabilidad por el abono de cheques y talones falsificados al banco que los hubiese satisfecho, ya sea actuando negligentemente o por error, e incluso cuando hubiese sido de buena fe.

Diligencia exigible a la entidad bancaria.—Considerándose el Banco un comerciante experto, que ejerce como funciones más frecuentes las de depósito y comisión, debe exigírsele la diligencia especial que para estas funciones se desprende de los artículos 255 y 307 CCO.

Caso fortuito.—En virtud del artículo 1105 CC, caso fortuito es todo suceso imprevisible o que, previsto, sea inevitable; sin que la actividad dolosa o culposa del sujeto sea factor causal aplicable.

Responsabilidad por abono de cheques falsificados. Prescripción de la acción.—La acción que persigue la declaración de responsabilidad del librado por el abono de cheques falsificados no es una acción cambiaria, sino una acción personal que tiene por causa el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de cuenta corriente, por lo que prescribe a los quince años.

Motivo de casación.—No es adecuado su acogimiento para dictar una sentencia cuya parte dispositiva sea idéntica a la de la instancia. (STS de 9 de febrero de 1998; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Perfumerías Modernas, S. A.*, interpuso demanda sobre reclamación de cantidad contra el *Banco Zaragozano, S. A.*, como consecuencia del abono por la demandada de una serie de cheques falsificados a cargo de la actora. Los cheques fueron pagados por el sistema de truncamiento o por el de Cámara de Compensación, circunstancia que implica que los títulos quedan inmovilizados en la oficina bancaria donde son presentados para el cobro, llegándole al librado exclusivamente la información al respecto en soportes electrónicos que gestionan centralizadamente por toda la banca. En consecuencia, la entidad demandada no los tuvo materialmente en su poder, no pudiendo constatar la autenticidad de las firmas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda mediante sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial. (A. G. G.)

79. Arrendamientos urbanos. Fusión de sociedades.—Los dos motivos formulados para justificar el recurso de casación, se amparan procesalmente en el núm. 4 del artículo 1692 LEC, denunciando, respectivamente, la infracción del

artículo 31.4 LAU, en el sentido de que no cita la absorción por ser concepto claro y distinto de la fusión, según se expresaba en el artículo 142.1 LSA de 1951, y que se encuentra en la Sección que se titula «Traspos del local de negocio», por lo que sólo es aplicable cuando se produce un cambio en la persona del arrendatario, lo que sólo ocurre en los supuestos de fusión con disolución de las sociedades que quieren fusionarse constituyendo una sociedad nueva, o cuando en la fusión por absorción la arrendataria es la absorbida, pues si es la absorbente sigue siendo la misma, sin que varíe su responsabilidad frente al arrendador, ni haya cambio en la titularidad arrendaticia; e infracción de la doctrina jurisprudencial establecida por el propio TS (SSTS de 5 de diciembre de 1962, 25 de junio de 1983, 22 de octubre de 1988 y 13 de mayo de 1992) en cuanto que distinguen entre fusión, que supone la creación de una nueva sociedad y la desaparición de las preexistentes, por lo que habrá traspaso si la sociedad de nueva creación ocupa el local de cualquiera de las desaparecidas, y fusión por absorción, supuesto en el que sólo se extingue la sociedad absorbida que se integra en la absorbente, por lo que sólo habrá traspaso si la arrendataria era la absorbida, mas no si era la absorbente, que continúa siendo una y la misma.

Sin embargo, los motivos han de ser desestimados porque se ha producido un cambio legislativo (Ley 19/1989, de 25 de julio, RDL 7/1989, de 29 de diciembre, y Ley 5/1990, de 29 de junio) que determina otorgar un tratamiento unitario a la fusión de sociedades, sea por creación o por absorción y, dentro de ésta, sea la arrendataria la absorbente o absorbida a efectos de elevar la renta «como si el traspaso se hubiese producido», ya que en los supuestos de transformación de una sociedad, hay un cambio en su estructura, pero no en su personalidad jurídica, que sigue siendo una y la misma (arts. 228.1 y 231 LSA).

Por tanto, si para la transformación, sin considerarla como traspaso, se permite la subida de renta como si se hubiese producido, igual debe ocurrir en uno de los supuestos de fusión. Por eso, el cambio legislativo origina el jurisprudencial a efectos de elevación de la renta, sin que ello implique contravención alguna y sí, sólo, adaptación a la realidad social. (STS de 20 de septiembre de 1993; no ha lugar.)

HECHOS.—Se presenta demanda de juicio de cognición ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Mieres, sobre reclamación de incremento de rentas. A este respecto, se dicta sentencia el 21 de diciembre de 1992, desestimando aquélla, razón por la cual el demandante interpone recurso de apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo. Sobre este último, recae sentencia con fecha 13 de julio de 1993, por la cual, se revoca la decisión anterior. Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del motivo 4.º del artículo 1692 LEC, que es resuelto por sentencia de 20 de septiembre de 1993. (J. L. B.)

80. Sociedad anónima. Responsabilidad de administradores. Disolución de facto.—La situación de inactividad de una sociedad revela el incumplimiento de las obligaciones de los administradores, pues éstos deberían haber procedido a su disolución y liquidación lo que implica negligencia grave por su parte, más acentuada, aún, si como sucede en este caso, la sociedad incumple sus obligaciones contractuales.

Solidaridad de deudores.—La tendencia consagrada por el TS es ampliar, dentro del marco obligacional, la responsabilidad solidaria en relación directa con la índole de la obligación exigida en cada caso, en cuya virtud y por tratarse de un supuesto de incumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad con perjuicio para tercero, la responsabilidad debe extenderse a los admi-

nistradores de forma solidaria (SSTS de 4 de noviembre de 1991 y 22 de abril de 1994). (STS de 6 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía mercantil *Mcdonnell Douglas Information Systems, S. A.* demanda a *Luimar Informática, S. A.*, y *Servicios AM, S. L.*, y a los administradores de éstas solidariamente, las actividades no satisfechas de un contrato de venta de equipos informáticos. La reclamación de pago fue estimada parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia, absolviendo a *Servicios AM, S. L.*, y condenando a los restantes demandados de forma solidaria. La Audiencia confirmó la sentencia. No prosperó el recurso de casación. (I. D. L.)

81. Sociedad anónima. Declaración de nulidad. Legitimación: terceros y socios.—El TS, de manera constante, ha precisado que los terceros gozan de legitimación para ejercitar la acción de declaración de inexistencia de un contrato o su nulidad radical, siempre que tengan interés jurídico al verse perjudicados o afectados de alguna manera por tal contrato. Pero, los socios no pueden tener la condición de terceros legitimados para instar la nulidad del contrato, ya que forman parte de la misma persona jurídica que es la sociedad, respecto a la cual carecen de la condición de terceros.

Responsabilidad de los administradores.—La acción de responsabilidad, ya sea social o individual, no procederá sino cuando concurren dos requisitos: actuación dolosa o gravemente negligente y daño estimable. Daño que ha de ser primario en la acción individual (SSTS de 26 de noviembre de 1990, 11 de octubre de 1991 y 31 de julio de 1996). (STS de 21 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Los socios demandantes solicitan al Juzgado de Primera Instancia que declare la nulidad de las transmisiones de bienes y derechos de *Francisco Ortiz, S. A.*, efectuadas a *Hijos de Faustino Ortiz, S. A.*, por el Administrador único de aquélla, o por los apoderados de éste. El Juez desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia. El recurso de casación no prosperó. (I. D. L.)

82. Sociedad anónima. Nulidad de acuerdos sociales adoptados en junta general por haberse privado ilegítimamente de la asistencia a accionistas.—Siendo esencial la existencia de acciones en la sociedad anónima, la acción es considerada por la doctrina en un triple sentido: como parte del capital, como conjunto de derechos y como título. Como conjunto de derechos, confiere a su titular la condición de socio y le atribuye el derecho de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales. De igual manera, en el caso de acciones nominativas, la sociedad ha de reputar accionistas a quien se halle inscrito en el Libro-registro de acciones nominativas.

En este caso, el TS establece, siguiendo la doctrina del TC, que la motivación de las sentencias no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla.

Asimismo, entiende el Tribunal que a la demandante le fue privada la asistencia a la Junta General cuya nulidad de acuerdos es objeto de la acción ejer-

citada, porque, no habiéndose impreso los títulos de una serie de acciones de que era titular y careciendo de los resguardos provisionales, no fue comprobada su titularidad en el Libro-registro de acciones que debe llevar la sociedad, pese a que nunca se le negó su carácter de accionista. (STS de 30 de septiembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de impugnación de acuerdos sociales contra una sociedad mercantil, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Valls, sobre el cual recae sentencia desestimatoria con fecha 22 de febrero de 1993. Por tal motivo, se apela ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, que resuelve el recurso con fecha 29 de junio de 1993, estimando la demanda. Finalmente, se presenta recurso de casación al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 LEC, el cual es resuelto con fecha 30 de septiembre de 1997. (J. L. B.)

83. Quiebra: naturaleza transaccional del convenio y extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios.—La sentencia en cuestión evidencia la postura del TS que considera, con toda claridad, la naturaleza transaccional del convenio logrado en la quiebra. Se trata de un contrato procesal, equiparado, a efectos jurídico materiales, a la transacción y, por ello, debe aplicarse al mismo el artículo 1816 CC, que reconoce el valor de «autoridad de cosa juzgada» que tiene para las partes la transacción judicial.

Teniendo en cuenta tal eficacia, el problema reside en determinar si el efecto de cosa juzgada alcanza a todo el litigio y a todos los demandados, es decir, si el convenio tiene, por el carácter de sus acuerdos, proyección sobre los demás codemandados en este caso. A este respecto, resulta fundamental establecer la vinculación existente entre tales sujetos y la entidad quebrada. Así, si nos atenemos al artículo 1145 CC, la suerte de los deudores solidarios no es autónoma en relación al acreedor, de manera que, el pago hecho por uno de los deudores solidarios, extingue la obligación.

Del mismo modo, a juicio del Tribunal, debe entenderse comprendida la transacción, de manera implícita, en el artículo 1143, por cuanto que extingue la obligación con efectos extensivos a los codemandados solidarios. Por todo ello, se entiende que la eficacia extensiva de la cosa juzgada, definida en el último párrafo del 1252 CC, alcanza a todos los demandados.

Este efecto de cosa juzgada podrá ser estimado de oficio, tal como señala la sentencia de 27 de diciembre de 1993. (STS de 18 de noviembre de 1997; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Málaga, se sigue juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. Tras la resolución desestimatoria de fecha 9 de mayo de 1988, la sentencia fue apelada ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, que resolvió la cuestión con fecha 26 de junio de 1993, revocando la decisión de la primera instancia. Finalmente, se plantea recurso de casación ante el TS, amparándose en los motivos 1.º, 3.º y 4.º del artículo 1692 LEC. (J. L. B.)

