

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



Números **95-96**
julio-diciembre 2015

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por D. Rafael Núñez-Lagos



CONSEJO GENERAL
DEL NOTARIADO

Suscripción y distribución:

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º - 28010 Madrid - España

Tf. 913 087 232 - Fax 913 087 053

revistajuridica@notariado.org

Sumarios de los números publicados: www.notariado.org

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de esta obra, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la misma solo puede ser realizada con la autorización del Consejo General del Notariado, salvo excepción prevista por la ley.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

ISSN: 1132-0044

Depósito legal: M-8652-2012

Impreso en España - *Printed in Spain*

Maquetación: ZONA IMPRESA, S. L. zona@zonaimpresa.com

Impresión: STAGNO, S. L.

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

D. Antonio Rodríguez Adrados

DIRECTOR EN FUNCIONES Y SECRETARIO

D. Víctor Manuel Garrido de Palma

CONSEJEROS

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Álvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José Manuel García Collantes
D. Francisco Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Manuel Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José Carlos Sánchez González

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

- El Notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores** 11
Francisco José Aranguren Urriza
- El “descubrimiento” por el Juez de una intención de las partes del contrato: ¿una entelequia?, ¿una “ilusión”?, ¿o una ficción?** 47
Ricardo de Ángel Yáguez
- Contratos de servicios y de obra. Contornos y tipificación desde el Derecho Romano hasta las codificaciones civiles contemporáneas** 117
Jaume Ribalta i Haro
- Origen de la estadística contractual notarial española ..** 261
Juan Carlos Martínez Ortega
- Expediente notarial de jurisdicción voluntaria. I.-Familia: A) Matrimonio.-Acta y Escritura Mariage chez le Notaire** 275
Antonio Ripoll Jaen
- Bibliografía ¿mundial? de Derecho de Familia (2005-2014) Parte II** 309
Gabriel García Cantero

Por qué –y cómo– se llega a heredar. (La sucesión mortis causa en el Código Civil)	383
Domingo Irurzun Goicoa	

La capacidad para testar: su valoración médica y su consideración jurídica	401
José Luis Velayos Jorge y Víctor Manuel Garrido de Palma	

Nunca se han podido inscribir legalmente las escrituras extranjeras de buques. (Leyes de Navegación Marítima de 24/7/2014 y posteriores)	439
Rafael Rivas Andrés	

El jurado de autocontrol como paradigma de referencia en el ámbito publicitario: resoluciones respecto a terceros no adheridos	493
David López Jiménez	

DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Dictamina, que algo queda	561
Víctor Manuel Garrido de Palma	

DICTAMEN

Dictamen sobre acrecimiento hereditario	571
Carlos-María Brú Purón	

RECENSIONES

<i>“Anuario de Derecho de Fundaciones” 2014, editorial Iustel, Madrid, 2015, 827 pp. ISSN: 2172-6051</i>	589
Juan Cruz Alli Turrillas	

<i>“Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las Sociedades de Capital”, Luis Hernández Cebriá (Coord.), ed. Bosch, Barcelona, 2015 ...</i>	595
Violeta Ros Gutiérrez	

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Acuerdos vinculados de reducción de capital de una Sociedad Anónima y de transformación en Sociedad de Responsabilidad Limitada	603
Luis Hernando Cebriá	
La prohibición de competencia del socio. ¿Prestación accesorio, deber fiduciario o pacto parasocial? Comentario a la RDGRN de 5 de junio de 2015	629
Paula del Val Talens	

ESTUDIOS DOCTRINALES



EL NOTARIO Y LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES

Francisco José Aranguren Urriza

Notario de Sevilla

PLANTEAMIENTO

LA CRISIS DEL NOTARIO ANTE LA INSEGURIDAD JURÍDICA EN EL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Hace algunos años asistí a una conferencia de Rosario Valpuesta en el Colegio Notarial de Sevilla. La entonces rectora de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla se mostraba en su intervención como “una jurista en crisis”. Y creo que todos los juristas estamos en crisis. La realidad, los “nuevos hechos”, requieren nuevas respuestas jurídicas, y así será siempre. Los notarios desde que yo recuerdo siempre hemos estado “en crisis”, reflexionando sobre nuestra función, porque estamos inmersos en la sociedad, en la actividad económica y financiera, en permanente cambio y transformación y se nos presentan nuevos retos y nuevos desafíos.

A esta crisis connatural al Notariado, se viene a sumar en los últimos años la preocupación por el papel del Notario ante la falta de seguridad jurídica provocada por una serie de Sentencias del Tribunal Supremo y cambios legislativos, en cascada, impuestos por sucesivas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (Sentencia Caja Madrid) que interpretan la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre control de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. La inseguridad jurídica planteada nos afecta gravemente, pues nuestra función es, precisamente, proporcionar seguridad jurídica a las

partes, garantizando las consecuencias de los contratos que se documentan en escritura pública.

Si ya de por sí es difícil moverse en un marco normativo impreciso como el nuestro y con disposiciones técnicamente muy deficientes (1), la avalancha jurisprudencial y la ulterior rebelión de los juzgados y Audiencias contra algunos de sus criterios (2), así como los cambios normativos y de criterios jurisprudenciales a rebufo de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (3) diseñan un territorio en el que carecemos mapas fiables para orientarnos y poder situarnos en un terreno seguro.

La seguridad jurídica requiere, de entrada, leyes sin lagunas y fáciles de interpretar. Y es al legislador al que hay que imputar en primerísimo lugar, la situación actual de inseguridad jurídica en materia de préstamos y ejecución hipotecaria. Los pronunciamientos de nuestro más alto Tribunal acerca de las cláusulas suelo (a partir de la Sentencia 9 de mayo de 2013), tienen como punto de partida la omisión negligente del legislador, que no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13, generando con su silencio una serie de dudas interpretativas, acrecentadas por una deficiente comprensión de las sentencias del Tribunal europeo. Como consecuencia de este proceso, el Tribunal Supremo parece que hubiera asumido el papel de complementar el ordenamiento jurídico, creando figuras tan peculiares como una “nulidad por falta de transparencia sin efectos retroactivos” o determinando el interés de demora razonable en préstamos personales, para suplir el vacío en el caso de nulidad de los pactados (Sentencia 22 de abril de 2015). Cuando el Supremo

(1) Se mantiene una doble regulación, por una parte la LCGC y por otra el TRLDCU, con distinto ámbito, pero solapándose algunos preceptos; la deficiencia técnica del TRLDCU, por su parte, es señalada generalmente por la doctrina (por todos CLAVERÍA GOSALVEZ).

(2) CARRASCO PERERA ha calificado de “situación anárquica” la que se observa en la aplicación de los criterios del Tribunal Supremo por las Audiencias Provinciales, en sentidos divergentes y con votos particulares en muchos casos.

(3) CÁMARA LAPUENTE subraya la dificultad de adaptación que suponen estos vertiginosos cambios jurisprudenciales, cuando se tiene en cuenta que en los 15 primeros años de aplicación de la Directiva (1994-2009) se produjeron 14 Sentencias del TJUE, mientras que en los dos últimos años (2013-2015) se contabilizan más de 20, 8 de ellas en cuestiones prejudiciales planteadas desde España.

se pone a crear normas está haciendo, necesariamente, política. Y si la hace es contra una determinada política del legislador, la llamada crueldad legislativa del legislador español, denunciada sentencia tras sentencia por el TJUE, y caracterizada por la desprotección de los consumidores de préstamos hipotecarios.

El problema es que un Tribunal Supremo *haciendo política a favor de los consumidores pero sin querer romper los platos del sistema financiero*, se ve obligado a forzar las costuras jurídicas, desfigurando conceptos básicos como el de nulidad o confundiendo los controles de contenido y transparencia que contempla la Ley.

Se ve obligado a apartar cualquier obstáculo que impida o estorbe su pretensión de *reconducir la cláusula suelo del real problema que plantea, que es de contenido (cuando falta la reciprocidad), a un problema de comprensión o transparencia*. Y la intervención del Notario, con el despliegue de su función asesora y e informadora de la voluntad de las partes, es o debería ser, un serio obstáculo para oponer la falta de conocimiento del prestatario sobre las consecuencias de la cláusula suelo que firmaba.

De la Sentencia 9 de mayo de 2013, lo mismo que de otros pronunciamientos posteriores, lo que se sigue precisamente es que nuestra intervención no se considera relevante a los efectos del conocimiento y comprensión por parte de los prestatarios de una cláusula que el propio Tribunal considera forma parte del núcleo u objeto principal del contrato. Lo cual resulta sorprendente, sobre todo, teniendo en cuenta que lo relativo al interés forma parte del núcleo esencial del contrato y que ese núcleo esencial es habitualmente objeto de una negociación individual y esa es cabalmente la razón por la que la Directiva exceptúa ese núcleo u objeto principal (*core terms*) del control de contenido al que somete a las condiciones generales.

Aquí comienza mi perplejidad como Notario: porque parece concluirse que *no interesa si el contratante comprendió o no o si su consentimiento fue informado*, o que lo manifieste así el Notario en la escritura. Aún comprendida y consentida, la cláusula podría declararse abusiva, por falta de transparencia, si no satisface en opinión del juzgador, las exigencias de "comprensibilidad real". Exigencias que, por otra parte, en ningún caso se concretan.

Esta irrelevancia nuestra parece confirmarse cuando el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios impone en la contratación de

préstamos hipotecarios sobre vivienda, la inclusión, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que *ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato*. No es suficiente que el Notario diga que ha advertido especialmente de la imposibilidad de disfrutar de una bajada de los tipos por debajo del suelo fijado.

El legislador recurre a un formalismo, para justificar la posibilidad de *renunciar de su propio puño y letra a la posibilidad de beneficiarse de una mayor bajada de tipos*. En el colmo del despropósito, se interpreta tal expresión manuscrita como una declaración personal del prestatario y no susceptible de ser realizada por un apoderado general (Resolución DGRN 22 de enero de 1015), destrozando así la base de la representación voluntaria.

Tanto destrozo sólo para conseguir anular la cláusula suelo sin entrar en su contenido.

La conclusión, descorazonadora para los Notarios, es que sigue sin entenderse la esencia de nuestra función; que incluso *en la judicatura* (y quizás muy señaladamente en la judicatura) se sigue pensando en el Notario, como una formalidad más impuesta a los prestatarios, como *un mero fedatario* que se limita a recoger la firma de las partes, sin informarles de sus derechos ni garantizar un consentimiento informado y la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas de lo que firman. Esto, indudablemente, pone en marcha un proceso de reflexión serio sobre la función que nos incumbe y la forma en que es percibida, *en términos de utilidad y eficacia*, en general, por la sociedad, y en particular por otros colectivos jurídicos y por el propio legislador.

La seguridad jurídica en una economía de mercado requiere, aparte de leyes claras y sin lagunas, el respeto a una serie de principios básicos: la previsibilidad en las consecuencias de los negocios jurídicos, la seguridad en el cumplimiento de las obligaciones (artículo 1911 del Código civil), la irretroactividad de las normas, la libre fijación de precios.

CRISIS DE SEGURIDAD EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Como consecuencia del proceso jurisprudencial abierto por las

cláusulas suelo al que me he referido, nos encontramos con que han entrado en crisis:

- la ejecutividad de los títulos y el procedimiento de ejecución sumaria (en la medida en que puede alegarse en ejecución la condición de abusiva de una cláusula, obligando a abrir un incidente para determinarlo);
- el principio de libre fijación de precios (pues hoy no es posible asegurar el tipo de interés que podrá cobrar el banco, en la medida en que una cláusula con respaldo legal, como la cláusula suelo, puede ser considerada poco transparente o transparente, sin que sean claros los criterios que permitan asegurar de antemano su efectividad);
- el principio de resarcimiento del daño (al negarse a los jueces la posibilidad de integrar un contrato cuando decae por abusiva la cláusula de intereses moratorios, con lo que queda sin resarcimiento el daño originado por el cumplimiento tardío al prestatario);
- el principio de restitución del pago indebido (al limitarse las consecuencias de la nulidad por falta de transparencia, reconociendo efectos a una cláusula inexistente);
- y el principio de seguridad jurídica (pues no es posible saber con seguridad *qué ha de hacer el prestamista para que se entienda cumplido su deber de transparencia*, desde el momento en que ni el cumplimiento de la normativa sectorial sobre transparencia, ni el juicio que el propio notario haga de comprensibilidad del clausulado son suficientes para asegurar que no habrá un pronunciamiento sobre nulidad por abusiva de una cláusula).

En definitiva, lo que subyace es la crisis del consentimiento como fundamento de las obligaciones del deudor. Cuando las condiciones del contrato son impuestas al consumidor –se dice– no es su consentimiento el que le vincula, porque es un consentimiento *debilitado*. Sólo le vincula el consentimiento que recae sobre una regulación equilibrada, por cuanto sólo queda obligado en la medida en que el contenido predispuesto sobre el que recae el consentimiento del adherente contenga una regulación equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes. Y esto es verdad respecto de las cláusulas abusivas, pero cuando afecta al “objeto principal” del contrato, se está cuestionando la capacidad del sujeto para

obligarse y la responsabilidad del obligado en el cumplimiento de sus obligaciones.

LA FUNCIÓN DEL NOTARIO

A la hora de analizar la situación y definir las obligaciones del notario al autorizar las escrituras de préstamo hipotecario debemos partir de una premisa: la institución notarial no ha nacido ni tiene por finalidad la protección del consumidor. Su finalidad es dotar de seguridad jurídica a los actos y negocios plasmados en los documentos que autoriza. Y dotarles de seguridad jurídica para ambas partes. *También para el prestamista*, que en estos momentos *carece de seguridad*, al no saber si podrá reclamar en caso de retraso intereses de demora, si podrá ejecutar su título por un procedimiento sumario, si la cláusula suelo será anulada y en tal caso si tendrá que restituir intereses y en qué cantidad.

Y si la seguridad del prestatario (poder confiar en las condiciones ofertadas, poder comparar y elegir entre ellas), es esencial para la defensa de la libre y leal competencia, la seguridad del prestamista (poder obtener una rentabilidad de su dinero, asegurarse el cumplimiento del contrato en los términos acordados, obtener la ejecución por un procedimiento rápido) es esencial para el desarrollo del crédito.

1. CONTROL DE LEGALIDAD Y CONTROL DE ABUSIVIDAD

El Notario no puede ser aséptico en los contratos con consumidores, porque le incumbe, como al resto de autoridades del Estado, la protección de los consumidores y usuarios (artículo 51 CE) y le incumbe la obligación de conseguir el resultado previsto por la Directiva 1993/13. La Sentencia Von Colson y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo que interpreta el artículo 6 de la Directiva permiten concluir que el control del carácter abusivo de una cláusula no es un control "judicial", en el sentido de que compete en exclusiva a los jueces, sino que incumbe a todos cuantos deben aplicar el Derecho, entre ellos, notarios y registradores.

Este es el criterio que se ha impuesto en la DGRN, a partir de la Resolución de 1 de octubre de 2010 (revisando a la vista de la nor-

mativa comunitaria el criterio anteriormente seguido). En una interpretación no literal sino integradora del artículo 12 LH, se concluye que la calificación comprende las cláusulas de vencimiento anticipado y otras de trascendencia real, debiéndose denegar la inscripción de aquellas que puedan ser abusivas.

La premisa ha de ser, por tanto, que el principio de legalidad obliga a los Notarios a no autorizar y a los Registradores a no inscribir sino títulos plenamente válidos y de que es ello lo que justifica la ejecutividad del título y la existencia de un procedimiento rápido de ejecución (sin perjuicio de la posible revisión judicial de las decisiones de Notarios y Registradores sobre el clausulado predispuesto por el prestamista).

Sin embargo, *la confusión e incertidumbre* sobre la función a desempeñar por el notario persiste en el legislador, que en el artículo 3 de la Ley 1/2013, al reformar el artículo 129 LH, en su número 2, letra f), atribuye al notario competencia para apreciar el carácter abusivo a su juicio de una cláusula, pero de dicha competencia únicamente deduce la consecuencia de *suspensión* de la venta extrajudicial "cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente... el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales".

Parece, por tanto, que el legislador sigue considerando competencia exclusiva de los jueces la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, aunque su nulidad sea "de pleno derecho" y por tanto no necesite ser declarada judicialmente (artículo 83 TRLDCU).

Ese mismo criterio, ha sido el del Tribunal Supremo. La Sentencia de 20 de mayo de 2008 declaró nulo el apartado tercero artículo 145 del Reglamento Notarial, conforme a cuyo texto "*el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusa su ministerio, sino negar su autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1.º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal*". Es lo que llamamos "control de legalidad". La Sentencia considera que la denegación de la de la autorización de la escritura, como consecuencia del control de legalidad, no puede admitirse sino en los supuestos en que una ley imponga al notario la prohibición de autorizar (4).

(4) En tal sentido interpreta el artículo 3 del Reglamento, que establece el carácter obligatorio del ministerio notarial, siempre que no exista

Según esto, el notario únicamente podría denegar la autorización cuando se trate de *cláusulas declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación* por cuanto el artículo 84 TRLDCU y el 147 apartado último del Reglamento Notarias imponen, para ese supuesto, la denegación. La escasa operatividad alcanzada por el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (5), así como la exigencia de *identidad* entre la cláusula predispuesta y la inscrita, limitan extraordinariamente el ámbito del precepto y reconducen el control de legalidad *de facto* al ámbito judicial, sustrayendo dicho control de los Notarios.

Frente a ello hay que decir:

- por una parte, que el control de legalidad por parte de los Notarios viene recogido en muchas otras normas legales, hallándose además el Notario sujeto a la Ley: El notario, por definición del artículo 1 de la Ley del Notariado, y en tanto funcionario público, debe “*dar fe conforme a las leyes*” y dice el artículo 17 bis (introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) que debe dar fe “*de que el otorgamiento se adecua a la legalidad*”, debiendo, conforme al artículo 24 de la misma ley

causa legal que lo impida. Tal causa no puede consistir en el juicio de legalidad desfavorable del notario. El Tribunal Supremo en su Sentencia se refiere a la trascendencia que la denegación puede tener para los derechos y titularidades jurídicas de los interesados, privándoles de la forma de documentación pública (artículos 1278 y 1279 del Código civil) y la garantía y eficacia de dicha forma pública (artículo 1218 del Código civil), con consecuencias en orden a la protección registral, si quiera provisional y temporal que proporciona el acceso al registro, a través del asiento de presentación, con los consiguientes efectos derivados de la prioridad, efectos que se proyectan sobre el derecho de propiedad, por lo que la materia se considera sujeta a reserva de ley, conforme al artículo 33.2 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1 de la misma, en cuanto incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho.

(5) PÉREZ HEREA, J, habla de fracaso y señala los escasos depósitos e inscripciones que se han realizado en dicho Registro y el nivel mínimo de consultas.

(introducido por la Ley 36/2006), “*velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga*”.

- por otra parte, no es admisible una interpretación “a contrario” del artículo 84 TRLDCU. Como señala MIQUEL, debe prevalecer la efectividad de la Directiva y ello justificaría una interpretación de dichos preceptos coherente con el artículo 83.1 TRLDCU y 8.2 LCGC, que declaran la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas. Habría así que leer el 84 TRLDCU como una norma redundante, imponiendo el control de legalidad en un caso concreto, con la única particularidad, como señalan PAU y CURIEL, de que si se trata de cláusulas declaradas nulas por Sentencia no será necesario invocar razones de fondo para denegar la autorización o la inscripción.

- Por su parte, en cuanto a la eficacia de la inscripción en el Registro de Condiciones Generales, la DGRN, en Resolución de 28 de abril de 2015, no la considera necesaria para denegar la inscripción en el Registro de la Propiedad, “*ya que tal exigencia infringiría el principio de efectividad de la normativa europea de protección de consumidores*”. Está por tanto en crisis el citado Registro y la interpretación de los preceptos que a él y a la eficacia de la inscripción en él se refieren.

DESPLAZAMIENTO DEL CENTRO DE GRAVEDAD DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En definitiva, estamos en un momento incierto, un momento en el que el legislador urgentemente debería hablar, aunque sigue sin pronunciarse. Un momento de tránsito desde un tiempo en que el centro de gravedad del sistema de protección de los consumidores lo constituía el *control judicial a instancia de parte*, en un procedimiento declarativo que no interrumpía la ejecución del título ni la consecuencia trágica del desahucio, a un tiempo nuevo en el que el centro de gravedad del sistema se desplaza a conseguir *encorsetar al prestamista a la hora de redactar el clausulado* del contrato, desincentivando la utilización de cláusulas abusivas, mediante la sanción de nulidad, sin posibilidad de “reducción conservadora” y con obligación de restitución de cantidades indebidamente percibidas.

DEBERES DE TRANSPARENCIA Y CONMUTATIVIDAD DEL PREDISPONENTE

La posibilidad de imponer el contenido contractual que se reconoce al empresario (por motivos de racionalización de su actividad y como exigencia de la contratación en masa), viene contrapesada por la ley:

- por una parte, impone al redactor del clausulado un deber de transparencia en la formulación de su oferta contractual, que debe ser clara y comprensible;
- por otra, impone el respeto, en la redacción del clausulado, de los derechos reconocidos a los consumidores en normas imperativas y dispositivas, debiendo respetar el equilibrio en derechos y deberes.

Cuando se trata de cláusulas no negociadas individualmente, la Ley convierte en indisponibles por las partes normas recogidas en el Derecho dispositivo, con lo que se convierten en imperativas normas que en la contratación ordinaria tendrían carácter supletorio. El artículo 86.1 TRLDCU, declara abusivas, y por tanto nulas, las cláusulas que limiten o priven al consumidor de los *derechos reconocidos por normas dispositivas e imperativas*. La justificación es que, como ya apuntó DE CASTRO, el Derecho dispositivo tiene un valor ordenador, en la medida en que el legislador propone una reglamentación equilibrada del contrato de que se trate, por lo que el predisponente no puede, sin causa justificada, alterar en perjuicio del adherente esa reglamentación supletoria. En este sentido, la buena fe y la ley (también dispositiva) operan como límites de la autonomía de la voluntad. Es por ello que el control de contenido de las condiciones impuestas a consumidores se refiere a cláusulas que serían admisibles en otros contratos.

La Ley española contempla un doble control de los deberes impuestos al predisponente de cláusulas impuestas a consumidores: el control de inclusión o incorporación (impuesto por los artículos 5 y 7 de la LCGC para todos los contratos con condiciones generales, reproducido en el artículo 80 TRLDCU) que incluye el de transparencia (con observancia de la normativa sectorial, en el caso de préstamos, la Orden EHA/2899/2011); y el control de contenido (o abusividad,

impuesto para los contratos con consumidores por los artículos 80 y siguientes TRLDCU).

En aplicación de la Ley, el Notario, una vez efectuados los controles generales sobre identidad, capacidad y legitimación, consentimiento no viciado, impuestos por el Código civil y Reglamento Notarial, debe efectuar el control de incorporación y transparencia y el de contenido (dentro de los límites que quedaron expuestos).

Se someten a tales controles las condiciones no negociadas individualmente, presuponiéndose impuestas todas las que hayan sido pre-redactadas. Las condiciones del préstamo que definen el *objeto principal* del mismo suelen ser objeto de una negociación individual. Sin embargo, puede darse el caso de cláusulas que determinen o formen parte del objeto principal del contrato y no se presenten claramente como tales, incluyéndose entre otras condiciones generales, desfigurando así la oferta e impidiendo al consumidor compararla con otras.

CONTROL DE CONTENIDO

El artículo 83 TRLDCU (modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo), señala que: *“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”*. Se trata por tanto de una nulidad de pleno derecho, sin que sea necesario que judicialmente se declare su nulidad. Se utiliza la técnica de la nulidad parcial. Sólo cuando la nulidad de una cláusula pudiera determinar la del contrato, en perjuicio del consumidor, será posible la integración del mismo, integración que sí es competencia exclusiva del juez. Salvo en este supuesto, no es posible la integración conservadora de las condiciones abusivas.

Recordamos que el concepto de “cláusula abusiva” lo aporta el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, que define las cláusulas abusivas como aquellas cláusulas contractuales *que no se hayan negociado individualmente*, cuando en *contra de las exigencias de la buena fe* causen en perjuicio del consumidor un *desequilibrio importante* entre los derechos y obligaciones de las partes. Se presume que la

cláusula no se ha negociado individualmente cuando ha sido redactada previamente sin que el consumidor pueda influir en su contenido, en particular en los contratos de adhesión, correspondiendo la carga de la prueba de la negociación individual de la cláusula al profesional que lo afirme.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, define las condiciones generales como cláusulas predispuestas, cuya incorporación impone una de las partes, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

El TRLGDCU especifica en los artículos 85 a 90 una serie de cláusulas que "en todo caso son abusivas". Se trata, como señala CLAVERÍA GOSALVEZ, de una "lista negra", a diferencia de la Directiva 1993/13, cuyos Anexo III, incluye una lista de cláusulas *presuntamente abusivas* ("lista gris") (6). Sin embargo, entre las reglas introducidas por nuestro legislador, se distinguen cláusulas cuyo carácter abusivo resulta por aplicación de criterios objetivos por un proceso mecánico de *subsunción del caso* concreto en el supuesto de la norma, mientras que otras cláusulas por estar formuladas con una mayor indeterminación requieren, para establecer su carácter abusivo, una labor de interpretación y valoración caso por caso, sin que pueda establecerse su carácter abusivo de forma automática.

Ejemplos de cláusulas que son netamente abusivas serían: la renuncia de derechos (incluso contenidos en normas dispositivas), la imposición al consumidor de la carga de la prueba que corresponde al empresario o la imposición al mismo de gastos o impuestos que por ley correspondan al empresario.

Ejemplos de cláusulas que pueden resultar abusivas: las que contienen un grado de indeterminación que requiere la apreciación de las circunstancias. Siempre hay que atender al contexto para determinar el carácter abusivo de la cláusula y así lo impone el artículo 83.2 TRLDCU, por cuanto –como recuerda CLAVERÍA GOSALVEZ– una

(6) La Propuesta de 8 de octubre de 2008 es la que recoge la distinción en dos Anexos diferentes, de cláusulas que se consideran en cualquier circunstancia abusivas (lista negra) y las que son presuntamente abusivas (lista gris). Finalmente la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre mantiene el sistema de lista enunciativa, pero permite a los Estados miembros establecer medidas más estrictas, mediante listas negras o doble lista.

cláusula con idéntica redacción puede resultar abusiva en un contrato y no en otro. Pero determinadas expresiones legales, por su amplitud, suponen una apertura del campo al aplicador del Derecho: así, las indemnizaciones *desproporcionadamente altas*, los plazos de *duración excesiva*, los obstáculos *onerosos*...conceptos todos ellos en que se incluye un alto grado de indeterminación, propio de una norma de cierre.

CONTROL NOTARIAL: CLÁUSULA GENERAL

La cláusula general del artículo 82 TRLDCU quiere ser un instrumento de cierre para los casos no previstos y el propio MIQUEL reconoce que su existencia se justifica por *la dificultad de determinación del concepto de condición general abusiva*, por lo que –dice– sin desconocer que tanto notarios como registradores tienen la competencia, además de deber, de aplicar la ley (y por tanto de aplicar el 82 TRLDCU), podrían sin incurrir en responsabilidad abstenerse de apreciar la nulidad en casos dudosos y autorizar el documento e inscribir los pactos de trascendencia real, respectivamente. Uno, concluye, es el problema de los medios y otro el de los criterios. La dificultad de este juicio habría de dar lugar a que distintos notarios tomaran decisiones diferentes respecto de cláusulas semejantes, no tratándose de cláusulas predispuestas en contravención de normas imperativas o incluidas en la lista negra.

En la práctica cotidiana, el notario ha venido denegando la autorización aquellas cláusulas claramente definidas como abusivas en el TRLDCU, y lo ha hecho de manera uniforme y constante, absteniéndose por contra de juzgar aquellas dudosas o cuyo carácter abusivo requiera la apreciación de la regla general de buena fe, cuya determinación se ha venido entendiendo que corresponde a los Tribunales (7).

(7) En este sentido, la prohibición impuesta por el TRLDCU de cláusulas que impusieran al consumidor el pago de tributos que correspondan al profesional, ha sido aplicada por los notarios en relación con la cláusula antes habitual por la que se pactaba que el Arbitrio Municipal sobre Incremento del Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana (Plus-Valía) fuera de cargo del adquirente.

La opinión pública, sobre todo tras el impacto provocado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), de 14 de marzo de 2013, demanda *una mayor implicación de los notarios en la depuración de las cláusulas abusivas en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda*, control que sería especialmente eficaz, por producirse en el mismo momento de prestación del consentimiento y no posteriormente, como en el caso del Registro de la Propiedad, cuando el contrato ya se ha celebrado, produciendo efectos entre las partes y vinculando al deudor.

En este sentido, y respecto de los notarios, entendemos, con OLAIZOLA, que el notario *podrá denegar la autorización de las escrituras o la intervención de pólizas en que se contengan cláusulas abusivas cuyo carácter de tales pueda ser apreciado directamente, con un criterio objetivo*, pero no podrán pronunciarse sobre aquellas respecto de las cuales hayan de ponderarse o valorarse las circunstancias del supuesto concreto.

MIQUEL, por el contrario, considera que los notarios deberían denegar la autorización en todo caso, pues los elementos de indeterminación contenidos en algunos supuestos de la lista lo que pretenden es no limitar al aplicador del Derecho la posibilidad de dar efectiva protección a los consumidores, atendiendo las circunstancias del caso, siendo los notarios, en cuanto llamados a aplicar la norma, quienes tienen que formar su juicio, tanto en relación con la regla general de buena fe y justo equilibrio de derechos y obligaciones del artículo 82 TRLDCU, como en aplicación las reglas particulares de los artículos 85 a 90 TRLDCU. En el mismo sentido CLAVERÍA GOSALVEZ, quién retóricamente se pregunta si es que cree el legislador que los notarios no saben interpretar la ley.

En cualquier caso, sería deseable, con todo, una reforma legislativa en línea con la propuesta por el Ministerio de Justicia con ocasión de la tramitación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aunque finalmente no prosperó y que incluía en el artículo 84 TRLDCU la prohibición a notarios y registradores de autorizar e inscribir, respectivamente, cláusulas contrarias a normas imperativas y prohibitivas o declaradas abusivas por sentencia firme del Tribunal Supremo (dejando fuera la jurisprudencia menor).

La reforma legal debería modificar el TRLDCU, incluyendo más cláusulas directamente aplicables (lista negra), fundadas en parámetros objetivos que se puedan aplicar sin necesidad de hacer

juicios de valor. Además, como señala GOMÁ LANZÓN, debería introducirse una delegación al Gobierno para que cada cierto tiempo actualizase la lista, tomando en cuenta las propuestas de un órgano encargado de dicha tarea (que podría ser la comisión parlamentaria correspondiente) de manera que el ciudadano, individualmente o a través de asociaciones o instituciones pudiera dirigirse a dicho órgano, proponiendo, denunciando abusos o dando a conocer nuevas cláusulas utilizadas por las entidades.

Sensible a la demanda social, el notariado ha creado en el año 2013 un Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA), con funciones de orden consultivo y de recomendación(8). En la misma línea se ha propuesto por CÁMARA LAPUENTE, la creación de algún tipo de órgano administrativo transversal (con participación de distintos colectivos afectados) que pudiera proponer con autoridad criterios uniformes. Este tipo de Comisiones de Cláusulas Abusivas tienen precedentes en Francia o Bélgica con más de veinte años de experiencia. Se trataría, como decimos, de crear *un sistema de actualización periódica de la lista negra*, concretando los requisitos bajo los cuales una cláusula puede entenderse que no respeta los niveles de concreción y proporcionalidad. Dicha reforma bien podría venir amparada por la delegación normativa contenida en el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito (9).

DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Entre tanto se producen los necesarios cambios legislativos, puede ayudar en la tarea de formación de juicio sobre las cláusulas predispuestas, en aplicación la ley vigente y del TRLDCU, la clasifi-

(8) Se trata de que el notario que considera una determinada cláusula como posiblemente abusiva (es decir, no declarada como tal pero que pudiera serlo en el futuro), lo comunique a la OCCA, para su análisis, de modo que si del mismo resulta sospecha de abuso, se ponga en conocimiento del consumidor y de la propia entidad (a la que interesará prevenir una posible anulación judicial), así como de la autoridades para posible imposición de sanciones.

(9) También se ha propuesto la creación de organismos de Cooperación de Consumo, con representación de las organizaciones de consumidores y usuarios.

cación que hace la DGRN en la importante y pedagógica Resolución de 28 de abril de 2015.

Conforme a dicha clasificación, el notario, en aplicación de la legislación común deberá rechazar aquellas cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas, cláusulas que son nulas de pleno, nulidad de carácter específico (como en el caso del pacto comisorio, prohibido por el artículo 1859 del Código civil o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso, prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal) o por contrariar los principios generales de la contratación (artículo 1256 del Código civil o el pacto que excluya la posibilidad de completar la garantía en caso de menoscabo de finca hipotecada, reconocida en el artículo 129.3 del Código civil).

Tratándose de préstamos hipotecarios a consumidores, además, deberá rechazar las cláusulas cuya nulidad por abusivas haya sido declarada mediante Sentencia firme del Tribunal Supremo (10) (esté o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación) y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el notario de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada "lista negra" de los artículos 85 a 90 TRLDCU o por vulnerar otra norma específica como el artículo 114.3 LH.

En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, se debe considerar, según doctrina de la DGRN, que todas ellas tienen trascendencia real, en la medida en que habilitan el ejercicio de la acción hipotecaria y provocan la cancelación de las cargas posteriores por virtud de la purga registral (artículos 134 LH y 674 LEC), por lo que están sujetas a calificación del registrador, estableciéndose para su control las siguientes exigencias:

a) Que no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino a la obligación principal garantizada, o tenga relación afecten al rango o posibilidades de ejecución de la hipoteca o se refieran al incumplimiento de obligaciones que

(10) La propuesta de reforma del Ministerio de Justicia limitaba al Tribunal Supremo la remisión del artículo 84 TRLDCU, eliminado la jurisprudencia menor de Audiencias Provinciales.

puedan constituir cargas preferentes (seguros, gastos de comunidad o IBI) (11).

b) Que queden determinados los elementos que generen o puedan generar tal vencimiento, sin que puedan quedar totalmente indeterminadas o dejarse al albedrío de una de las partes (12).

c) Que no se trate de incumplimientos irrelevantes, ajenos a la obligación garantizada o extraños a la voluntad del prestatario y que tampoco menoscaben la garantía real ni la preferencia de la hipoteca (13).

CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

La cláusula determinando los intereses de demora ha sido objeto de una especial consideración en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo.

Los intereses de demora no forman parte del núcleo contractual, a diferencia de los intereses remuneratorios, habida cuenta su condición de pena o sanción por la falta de pago puntual. La cláusula que los determina está sujeta, por tanto, al control de contenido, pudiendo ser abusiva y por tanto nula.

Los jueces, en caso de intereses de demora excesivos, han venido integrando el contrato con el Derecho supletorio. Aquí las resoluciones judiciales han mostrado una gran diversidad, aplicando el interés legal del dinero, conforme artículo 1108 del Código civil y 316 del Código de Comercio ("a falta de pacto"); o bien, el equivalente a dos veces y media el interés legal del dinero [establecido para los préstamos mediante descubierto en cuenta corriente, por el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al consumo y 89.7 TRLDCU (14)].

(11) Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (y las de 9 de marzo de 2001 y 4 y 12 de diciembre de 2008).

(12) Sentencia TS 27 de mayo de 2009.

(13) Resoluciones DGRN 8 de junio de 2011 y 3 de octubre de 2014

(14) MIQUEL propone una lectura de dicho precepto, en el sentido gramatical de dar carácter general al parámetro legal para los descubiertos, constituyéndolo en un límite por encima del cual no podría válidamente imponerse intereses de demora en contratos con consumidores.

El artículo 114 LH (en su redacción dada por Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013), establece para los préstamos hipotecarios el límite de tres veces el interés legal del dinero.

El TJUE en Sentencia de 21 de enero de 2015, interpreta el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que para ajustarse al objetivo de dicho precepto el Juez no puede hacer una *“reducción conservadora de la validez”*, en el supuesto de intereses de demora abusivos, porque el principio de efectividad del Derecho Europeo exige que los Estados establezcan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, y una reducción conservadora eliminaría el “efecto disuasorio” que ejerce que no se apliquen las cláusulas abusivas. Y en concreto, respecto del artículo 114 LH concluye que dicha norma no puede servir de parámetro al Juez para calificar la abusividad o no de la cláusula, señalando que “no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva”.

ALFARO critica esta doctrina del TJUE por considerar que la nulidad de la cláusula que pretende desplazar al Derecho dispositivo lo que debe determinar es precisamente la aplicación del Derecho dispositivo, pero solo si la norma del Derecho supletorio permita obtener el contenido de justicia que pretende la Directiva, lo que no sucede en España, donde el interés legal del dinero está muy por encima de los intereses del mercado y el artículo 1.108 del Código civil es una norma potencialmente injusta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, en relación con una póliza de préstamo personal revisa las distintas normas que pudieran proporcionar un parámetro para integrar el contrato que incluya intereses de demora abusivos (falta de pacto entre las partes –1108 del Código civil– descubierto en cuenta corriente, préstamos o créditos para adquisición de vivienda habitual), concluyendo que las normas particulares tienen su propio ámbito y todas ellas tratan de indemnizar al acreedor por el retraso en el cumplimiento y a la vez de incentivar el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado. Para el caso de contratos de préstamo sin garantía real las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado, porcentaje adicional que para préstamos personales no debe ser muy

elevado por cuanto la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio sea de por sí elevado.

Según la Sentencia comentada, el interés de demora no puede superar el que podría estimar razonablemente el prestamista que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual. Al efecto de determinar ese interés adicional sobre el remuneratorio que pueda considerarse razonable, considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto por el artículo 576 LEC para la fijación del interés de demora procesal (esto es el que devenga la deuda judicialmente declarada a cuyo pago ha sido condenado el demandado) es el criterio más idóneo para fijar el interés de demora de los préstamos personales con consumidores. Se trata, en efecto según el Tribunal, de un criterio de aplicación general, que evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de modo proporcionado los daños que origina el retraso en el cumplimiento y contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore el pago en exceso.

El Tribunal Supremo sustituye, en definitiva, la cláusula abusiva por unos intereses moratorios que considera proporcionados. Sin embargo, los casos en que se ha reconocido por el TJUE la posibilidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición de Derecho supletorio parecen limitarse a aquellos supuestos en que la nulidad de la cláusula pudiera determinar, en perjuicio del prestatario, la nulidad del contrato en su totalidad (y así lo afirma en la Sentencia de 21 de enero de 2015). Es por ello que ALFARO anticipa su opinión de que la Sentencia del Supremo no pone fin a la discusión sobre la validez de los intereses moratorios, pues cabe anticipar que su doctrina sea corregida por el Tribunal de Justicia.

GONZÁLEZ GRANADO, por su parte, entiende que sí hay una regulación específica de los intereses de demora en contratos con consumidores, que pueden ser limitados mediante la aplicación combinada de los artículos 85.6 y 87.6 TRLDCU. Dada la finalidad exclusivamente indemnizatoria de los intereses de demora, no se deberán sino en la medida en que se correspondan a daños efectivamente causados y el daño del retraso en el pago se concreta en la falta de cobro de los intereses remuneratorios, por lo que sería nula, a su juicio, una cláusula que impusiera un interés de demora superior (así también BALLUGUERA GÓMEZ).

La Sentencia del Pleno de la Sala Civil de 23 de diciembre de 2015 considera que hay que mantener para los préstamos hipotecarios el mismo criterio fijado por la de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que determinado el carácter abusivo de la cláusula, la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, sin que el 114.3 LH pueda servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad. Se apoya en el pronunciamiento del auto del TJUE de 11 de junio de 2015 para afirmar que el límite que dicho precepto fija no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino como un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de manera que las condiciones generales que excedan de dicho límite ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Parece delimitar así, dos esferas de control distintas: una previa, de acceso al documento, notarial, y otra de control de abusividad, en la que corresponde al juez decidir en cada caso la abusividad aplicando criterios diversos como la comparación de la cláusula con las normas aplicables en defecto de acuerdo o la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado la cláusula en una negociación individual, entre otros. El TS, tratándose de una acción colectiva, no fija la pauta de abusividad de forma cuantitativa como había hecho en la S. de 22 de abril, remitiendo al caso concreto, pero sí reitera la doctrina en cuanto a la doble funcionalidad del interés de demora: el efecto disuasorio del incumplimiento para el deudor y la remuneración que va a recibir el acreedor durante el periodo que se prolongue la mora, por lo que se justifica *un incremento* respecto del interés ordinario, que aparte de indemnizar los daños por incumplimiento estimule el pago puntual.

CLÁUSULA DE GASTOS

El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia de 23 de diciembre de 2015, decide sobre la cláusula de gastos incluida en minuta del BBVA. En cuanto a los gastos de formalización de escritura e inscripción registral, argumenta la Sentencia que el arancel de ambos cuerpos atribuye la obligación del pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho, concluyendo que el interés principal en la documentación e inscripción es el del prestamista,

que obtiene un título ejecutivo y a cuyo favor se constituye la garantía, considerando abusiva la cláusula que impone dichos gastos al prestatario. Sin embargo, la Sentencia no tiene en cuenta el párrafo segundo del artículo 68 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que en relación con el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados establece que "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario", remitiéndose a las normas fiscales la Norma Sexta del Arancel Notarial aprobado por RD 1426/1989, para la determinación del obligado al pago de los derechos notariales. Sí sería la entidad prestamista la obligada al pago de copias, actas y testimonios que a su favor se expidan.

El propio Tribunal Supremo, en otro lugar de la Sentencia, recuerda que el TSJUE tiene establecido, entre otras, en Sentencia 30 de abril de 2014, que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.

Se considera abusiva la cláusula que impone al prestatario los gastos derivados del incumplimiento incluido honorarios de abogado contratado por la entidad prestamista y aranceles de procurador, pues los gastos procesales son objeto de una regulación legal, a la que hay que estar para establecer el obligado al pago, no incluyéndose, en principio, los gastos de procurador y abogado en la eventual condena en costas.

No se considera, finalmente, abusiva la imposición al prestatario de los gastos derivados del seguro de daños, por derivar de una obligación legal (art. 8 LMH).

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA

DEBERES DE INFORMACIÓN DEL NOTARIO Y CONTROL DE TRANSPARENCIA

La Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre de transparencia bancaria (y antes la derogada Orden de 5 de mayo de 1994) dictada en virtud de la habilitación contenida en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece a cargo de los notarios, una

serie de obligaciones específicas de control y asesoramiento acerca del cumplimiento por la entidad acreedora de sus obligaciones de información precontractual a los consumidores, cuya finalidad debe ser el conocimiento del producto financiero que contratan y la posibilidad de comparar las distintas ofertas existentes en el mercado.

Pero, a la vista de la jurisprudencia del TS, no es suficiente el cumplimiento de esta norma sectorial para entender cumplidos los parámetros del control específico de transparencia relativo al núcleo esencial del contrato. Junto con esta regulación sectorial, el notario debe controlar la transparencia, en los términos del artículo 80.1 TRLDCU, en el doble aspecto de claridad y sencillez y accesibilidad y legibilidad y emitir un juicio sobre la comprensibilidad real de las mismas, en el sentido de que permiten al prestatario comprender las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula.

El artículo 81 TRLDCU (modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo), establece una serie de exigencias en orden a la información del consumidor, y en su punto 2 señala: *"Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia"*.

El Notario ha de prestar junto a la información general que resulta de la normativa sectorial sobre transparencia un control de transparencia en un doble sentido: control formal, o de los signos externos (recogido en los artículos 5 y 7 LCGC y 80 TRLDCU), relativos al tamaño y fondo o contraste de la letra, entre otros, que aseguren la claridad, legibilidad y accesibilidad del texto; y el control de comprensibilidad real (transparencia en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y reiterado en la de 8 de septiembre de 2014, y que es, como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, un auténtico control del consentimiento, por referirse al "objeto principal" del contrato, en relación con la oferta que el empresario hizo al consumidor, en aplicación del principio de la buena fe contractual.

CONTROL DE TRANSPARENCIA NO INCLUYE CONTROL DE PRESTACIONES

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 señala que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición*

del objeto principal del contrato...siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

La Directiva 93/13/CEE tiene una finalidad armonizadora de la protección de los consumidores frente a las condiciones generales abusivas. No es su finalidad, ni entra en el ámbito de protección de los consumidores, el control de precios. A dejarlo claro obedece el artículo 4.2, al excluir la determinación del precio del control de abusividad. Según esto, un determinado tipo de interés no podría con propiedad ser declarado abusivo sino, en todo caso y atendiendo a las circunstancias, “usurario”. La razón es que se entiende corresponde al mercado, mediante la libre competencia de los operadores, fijar los precios, según la ley de oferta y demanda.

Esta es la interpretación más segura: la Directiva al excluir del control de contenido el “objeto principal del contrato”, lo que hace es formular el propio ámbito de protección de la Directiva, lo que la Directiva quiere proteger. Si los países quieren establecer límites a los precios en determinados casos, podrán hacerlo pero no en el ámbito de la protección de consumidores, sino mediante otras leyes y en base a otras consideraciones (como así sucede, en España, donde rige la Ley de Represión de la Usura).

Los intereses remuneratorios son el precio del contrato y forman parte del contenido esencial del mismo, por lo que no pueden declararse abusivos, –artículo 4.2 de la Directiva 1993/13– aún en el supuesto de que superen el límite legal de los intereses moratorios vigentes en el momento de otorgarse la escritura (Sentencia TS de 18 de junio de 2012). La cuantía del interés se fija libremente por las partes, conforme al principio de *libertad de mercado*. Otra cosa es la posibilidad de que en determinados casos sea aplicable la Ley de Represión de la Usura de 1908, cuando se trate de condiciones leoninas y atendiendo a las circunstancias subjetivas del prestatario. Distinto es el caso de las cláusulas de redondeo, por cuanto el TS considera dichas cláusulas accesorias y no encuadradas en la exención del artículo 4.2 de la Directiva. Dichas cláusulas son expresamente consideradas abusivas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre.

No corresponde por tanto al notario, en aplicación de la normativa de protección de consumidores frente a cláusulas abusivas, el control del equilibrio de las prestaciones, en concreto, si el interés es adecuado o resulta excesivo.

La Sentencia TJUE de 3 de junio de 2010, al afirmar que en el Derecho español es posible el control judicial de contenido de las cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato merece crítica. Primero, porque se excede de su competencia ya que no corresponde al TJUE pronunciarse sobre *cuál sea la norma nacional*, sino únicamente establecer parámetros o criterios en la aplicación de la norma nacional para la efectividad de la Directiva. Por más que el hecho de que un Estado pudiera legislar sobre un extremo (hipotéticamente) no supone que *lo haya hecho efectivamente* y menos puede ello deducirse de la mera pasividad del legislador -que no ha traspuesto una norma determinada- máxime cuando ello ha sido consecuencia, como se ha demostrado, de un error en la votación parlamentaria (o en todo caso -como apunta MIQUEL- por el deseo de reafirmar la posible aplicación a los elementos esenciales del contrato del control que establecen la Ley de Usura o la "lesión ultradimidium"). Pero es que, además, en la Ley española sí se recoge la exclusión del control de contenido en relación con los precios, si bien de forma indirecta, en la propia definición de cláusula abusiva del artículo 82.1 TRLDU, que se refiere a "desequilibrio importante de derechos y obligaciones" (habiéndose eliminado la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" que contenía el antiguo artículo 10.1.c de la LGDCU).

La Sentencia de 9 de mayo de 2013 (y la posterior de 8 de septiembre de 2014), cierran el camino al control de contenido de las cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, lo que ha implicado, en el caso de las cláusulas suelo (a las que luego se hará referencia especial), la imposibilidad de establecer su carácter abusivo por falta de reciprocidad, que era lo que se reclamaba en la acción colectiva resolvió la primera de ellas.

En definitiva, el Notario no puede entrar a enjuiciar el carácter excesivo o no del interés remuneratorio, pues el control que debe llevar a cabo es un control jurídico y además carecemos en nuestra legislación de parámetros o elementos para determinar lo que sea un interés razonable.

CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE EL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

La exclusión del ámbito de protección de la Directiva de la equi-

valencia de precios o prestaciones no supone *necesariamente* que las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato, si no son negociadas individualmente sino predispuestas a los consumidores, queden exentas de todo control.

La falta de trasposición del artículo 4.2 de la Directiva ha creado en la doctrina un problema de interpretación: o se entiende que el Juez español puede apreciar en cualquier circunstancia el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente y que se refiera al objeto principal del contrato, *incluso en el caso de que se haya redactado de forma clara*, dando así una protección mayor que la de la Directiva, que se recuerda es de mínimos (en este sentido, CLAVERÍA GOSALVEZ); o bien se entiende que la laguna legal del nuestro Derecho debe interpretarse de conformidad con la Directiva, es decir, excluyendo la posibilidad de control de contenido respecto de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre que se redacten de forma clara y comprensible (así, MIQUEL y CÁMARA LA-PUENTE). Lo que no cabe entender, conforme al Derecho comunitario es, y así lo aclara la Sentencia TJUE de 3 de junio de 2010, *que una trasposición incompleta excluya del control los elementos esenciales del contrato en todos los casos, incluso cuando hubieren sido redactados de forma oscura y ambigua*.

El TS ha fijado doctrina, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en el sentido de someter a las cláusulas que determinen el objeto principal del contrato al control de transparencia y no al de contenido, siempre que sean claras y comprensibles.

En España el control de transparencia viene recogido en los artículos 80 y 82 TRLDCU (y concordantes, 5.5 y 7 de la LCGC). El control de transparencia se impone, por tanto, a todo tipo de cláusulas, tanto las que determinan el objeto esencial del contrato, como las que se refieren a elementos accesorios, ya se trate de contratos con consumidores o contratos con profesionales o empresarios.

DOCTRINA DEL DOBLE FILTRO DE TRANSPARENCIA

¿Qué control de transparencia es el que se aplica a las condiciones generales sobre elementos esenciales del contrato? ¿El mismo de incorporación al contrato que se refiere a “concreción, claridad y sencillez”, “accesibilidad y legibilidad” (artículo 80.1 TRLDCU) o uno específico? El TS en sucesivas Sentencias ha ido configurando

este control como un control *específico*, distinto del de incorporación. No es un control de claridad formal o gramatical; sino que determina la transparencia conforme a un parámetro objetivo: el cumplimiento por el empresario predisponente de sus obligaciones sobre transparencia, que se traducen en la idoneidad de la cláusula para que el adherente medio pueda comprender las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula en el desenvolvimiento del contrato.

La doctrina del doble filtro de transparencia, al fijar un “plus” de control respecto de los “*core terms*” o núcleo esencial del contrato plantea la cuestión de definir cuál es ese núcleo esencial.

Se trata de una cuestión difícil, pues estamos refiriéndonos a condiciones generales impuestas y no negociadas individualmente, mientras que el núcleo esencial del contrato habitualmente sí es objeto de negociación y es ello, precisamente, lo que justifica que se le excluya del control de contenido.

De hecho ALFARO, en nuestra doctrina, considera que tales cláusulas no son condiciones generales. Sin embargo, lo cierto es que en el TRLDCU se contienen reglas que se refieren al precio (artículo 85, regla 3, apartados 2 y 10; artículo 89, reglas 3 y 5).

Se trata de condiciones generales, por tanto, que se refieren a un objeto inicialmente consentido (definido en la oferta del producto) y que –como señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ– alteran de manera subrepticia el equilibrio económico pactado o sorprenden al consumidor con un contenido contractual *con el que no contaba o no podía legítimamente contar*.

Hablamos de condiciones del préstamo que la ley considera objeto de un consentimiento individual, esto es *deja de considerarse impuestas* (y en consecuencia exime del control de contenido). Tratándose de una excepción a la protección de consumidores, ha de ser objeto de una interpretación estricta. Por tanto no pueden ser todas las que guarden alguna relación con el objeto principal sino sólo “aquellas que regulan o conciernen sustancialmente –no afectan de cualquier modo– a los elementos esenciales del contrato” (PAGADOR LÓPEZ).

La inclusión en el TRLDCU de la regla sancionadora de las llamadas “cláusulas sorprendentes” hubiera facilitado las cosas, por ser esta regla –en opinión de MIQUEL– la más adecuada para comprender en qué consiste el control de transparencia (sin perjuicio de que tal

regla está comprendida en la general de buena fe del artículo 82 TRLDCU). Lo determinante es la ocultación al cliente de parte de la carga económica o jurídica que asume, provocándole una valoración errónea de la oferta, que distorsiona su decisión de elegir esa oferta entre otras del mercado. El Derecho quiere eliminar este tipo de cláusulas en aras de la buena fe contractual, protegiendo así no sólo ni principalmente al consumidor, sino al consumo y la Competencia leal, bases de nuestro sistema económico.

FUNCIÓN NOTARIAL Y COMPRENSIÓN DEL CONSUMIDOR

Lo que habría que plantear, tras la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 es si es determinante o no la comprensión del concreto adherente en términos subjetivos y en qué medida el Notario puede asegurar esa comprensión, sin que el control de transparencia haga tránsito a un control general de los vicios del consentimiento (error, dolo), dado que, precisamente de lo que estamos hablando es de cláusulas que defraudan las legítimas expectativas del consumidor sobre la oferta previa (sobre la carga económica del contrato), es decir, la falta de transparencia se identifica –más allá de la valoración moral– con la sorpresa, el engaño o la ocultación, que se consigue dando un tratamiento secundario a algo que pudo ser decisivo en la elección o de lo que no se informó en la fase precontractual (REYES LÓPEZ).

El control de transparencia es un control distinto. No se trata de establecer si el consentimiento del adherente concreto está libre de error-vicio del consentimiento, o si ha mediado dolo por parte del empresario, sino de la idoneidad de la cláusula impuesta para cumplir los requerimientos de transparencia. Sin embargo carecemos en nuestra Ley de un parámetro objetivo para ponderar la buena fe del prestatario que ignora o no comprende lo que razonablemente no podría ignorar o debería comprender. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha construido el concepto de “consumidor medio”, “normalmente informado”, “razonablemente atento” (S. 15 de febrero de 2015), y en el mismo sentido, el frustrado intento de reforma del TRLDCU intentó introducir en artículo 80 TRLDCU, la referencia a “*un consumidor razonablemente atento*”.

GÓMEZ GÁLLIGO recuerda las graves consecuencias anudadas a la falta de transparencia sobre elementos esenciales del contrato (nu-

lidad con efectos retroactivos y sin posibilidad de integración), consecuencias que la propia Comisión Europea considera excesivamente graves, consecuencias que podrían reducirse estableciendo un parámetro objetivo. Hay que tener en cuenta, además, la creciente complejidad técnica de los productos financieros que hace que la información sobre ellos sea cada vez más deficiente. A ello se une la falta de una *formación financiera mínima* que debería procurarse a la población ya en la enseñanza general obligatoria.

La tarea del Notario no es, por todo lo dicho, sencilla.

El control de transparencia requiere por parte del Notario una información específica sobre aquellas cláusulas que puedan encubrir elementos que *podieran influir de manera decisiva sobre el precio*, comprobando si tales cláusulas estuvieron presentes en la *negociación previa* o tratos preliminares, si se *incluyeron en la oferta hecha al cliente*, cuidando de que estén debidamente resaltadas en el contrato (en negrita o en mayúsculas) y no incluidas en otra cláusula más amplia o un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, sino resaltando su singularidad, advirtiendo además sobre la conveniencia de proporcionar simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación. Todos estos aspectos (tenidos en cuenta por la jurisprudencia en el control de transparencia) sin embargo, no aseguran que la cláusula no sea declarada abusiva en su día, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, pues ni la concurrencia de todos los criterios de no-transparencia incluidos en dicha Sentencia hace sin más nula la cláusula, ni puede descartarse que una cláusula suelo llegue a ser no-transparente a pesar de no haber incurrido en ninguno de los factores de no-transparencia (GONZÁLEZ CARRASCO).

Lo decisivo es, por tanto, no la presencia de uno o más factores de no transparencia incluidos en el parágrafo 225 de dicha Sentencia, sino, como señala el Auto aclaratorio de la misma, el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, de forma que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, lo cual es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por una pluralidad de medios. Entre estos medios, entendemos que la actuación del Notario puede ser deter-

minante, para proporcionar al consumidor ese pleno conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula de que se trate.

EL NOTARIO ANTE LAS CLÁUSULAS SUELO

La Orden 15 de mayo de 1994, sobre transparencia, se refería a los límites a la baja en los tipos de interés (las llamadas "cláusulas suelo"), sometiéndolos a un especial control, mediante la imposición al notario de la obligación de advertir de forma expresa en relación con ellas en determinados casos. No sólo eran cláusulas legales, por tanto, sino que su utilización era generalizada por las entidades de crédito y su conocimiento por el público puede estimarse que era general, siendo objeto de especial advertencia por parte de los notarios, en cumplimiento de la normativa sectorial a que nos hemos referido. Sin embargo, la bajada de tipos de interés a mínimos históricos generó una situación que los afectados por dichas cláusulas consideraban injustamente perjudicial para ellos (15).

La Sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 resolvió una acción colectiva de nulidad y cesación contra las cláusulas utilizadas por una serie de entidades, demandándose la declaración del carácter abusivo de las mismas por falta de reciprocidad. Es decir, se hacía referencia al control de contenido de la cláusula (16). La Senten-

(15) Las cláusulas suelo que se firmaron en 2007, lo fueron con el Euribor a niveles del 5 % anual, fijándose suelos como media del 3 % e incluso el 4 %. El problema surge cuando (como consecuencia de la quiebra de Lehman Brothers en 2008 y posteriormente la deuda de la crisis soberana de 2010-2012), se produce una drástica bajada de tipos de interés y el Euribor cae a niveles desconocidos anteriormente, por debajo del uno por ciento. Como señala CONTHE, pudo ocurrir que muchos deudores conocieran pero "no dieran importancia" a tales suelos, pues no imaginaban que el Euribor bajase tanto, actuando así lo que en Psicología Financiera se denomina sesgo cognitivo de anclaje, por el cual no imaginamos que una variable se vaya a alejar mucho de la cifra que en ese momento tenemos en mente.

(16) CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO entienden que la Sentencia incurrió en incongruencia generando indefensión a las demandadas que no pudieron ni tuvieron ni la posibilidad ni la ocurrencia de alegar y probar lo que a su derecho pudiera importar. Además, al tratarse de una acción colectiva, la cosa juzgada se extiende a los que no participaron en la demanda,

cia declara, como no podía ser menos, que la cláusula suelo no es abusiva “per se”, pero puede resultar abusiva y por tanto nula cuando, como en el caso de las impugnadas “*carecen de la transparencia exigida en el art. 80.1 TRLDCU, de manera que no permiten al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto del contrato y/o conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos*”.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia y otras posteriores (ya correspondientes a acciones individuales, como la de 8 de septiembre de 2014), considera que las cláusulas de interés variable y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el contenido de “objeto principal del contrato” por cuanto “*forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*”. Esta afirmación es cuestionable, pues, como señala CÁMARA LAPUENTE, si el límite a la variabilidad a la baja fuera elemento esencial una vez eliminado *no podría el contrato subsistir* y, sin embargo eso no sucede, sino que queda operativo el interés variable. Añade a éste el argumento del carácter excepcional de la regla referida al objeto principal del contrato que impondría una *interpretación estricta* al definir dicho concepto.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, confirma la validez de la cláusula suelo, sometiéndola a especiales formalidades. Y más recientemente, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que en su artículo 5.2.b presupone su validez.

Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia sobre la cláusula suelo se aprecia un endurecimiento de fondo de la línea doctrinal iniciada con la Sentencia de 9 de mayo de 2013, dando por bueno que toda cláusula suelo, *por el hecho de serlo, es sospechosa de falta de transparencia*, salvo prueba en contrario, que correrá a cargo del banco, prueba, por otra parte de imposible cumplimiento, como señala GONZÁLEZ CARRASCO, por referirse a un elemento subjetivo cual es la percepción real por parte del consumidor del efecto de la limitación. A este respecto, hay que tener en cuenta que en los años a

por lo que las sentencias posteriores se limitan a reproducir su fundamentación.

que se refieren las Sentencias hasta ahora dictadas por el Supremo, las cláusulas suelo estaban muy extendidas en la práctica bancaria, siendo utilizadas por la mayor parte de entidades y sobradamente conocidas por el público (17).

EXPRESIÓN MANUSCRITA Y COMPRENSIÓN

Quizás para prevenir esta dificultad de prueba, el artículo 6 de la Ley 1/2013, introdujo la obligación de incluir en la escritura, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente informado del efecto que la limitación, de manera que comprende que le impedirá beneficiarse de una bajada de tipos de interés superior (18).

En realidad, el legislador adopta una medida *populista*: a quien aparentemente quiere proteger el precepto es al consumidor. Pero esta protección no es efectiva. La expresión manuscrita no es sino un "dictado". El prestatario se limita a copiar el modelo de declaración del Banco de España diciendo que entiende y lo hará aunque se trate de un chino o un analfabeto funcional, lo que en ningún caso asegura la transparencia de la cláusula, cuestión objetiva y que se refiere a la redacción clara y adecuada para ser comprendida.

Bajo capa de proteger al prestatario, a quien en realidad protege la expresión manuscrita es al Banco, para evitar futuras reclamaciones. Esta protección, sin embargo, es *sólo aparente*. Está por ver todavía que la expresión manuscrita por sí sola impida una sentencia de nulidad en aplicación del control de transparencia.

En todo caso, la expresión manuscrita de puño y letra supone un retroceso al formalismo de tiempos de los glosadores, un paso atrás de medio milenio, en palabras de Rodrigo TENA. El formalismo ha llegado al extremo de requerirse la expresión manuscrita incluso en el caso de establecer el suelo en un interés del cero por ciento. Si a

(17) El voto particular en la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 (Sr. Sancho Gargallo), cuestiona que se admita la certeza de la incomprensibilidad real de la cláusula para un consumidor de los años 2007 y 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios a interés variable.

(18) Sobre el origen de la expresión manuscrita, ver ZEJALBO, Joaquín (en notariosyregistradores.com).

esto añadimos la imposibilidad de realizar tal declaración por medio de apoderado (Resolución DGRN de 15 de enero de 2015), hay que concluir la urgencia de derogar el precepto.

CONTROL NOTARIAL DE TRANSPARENCIA

La DGRN, en Resolución de 12 de marzo de 2015, en relación con una cláusula de interés variable en la que se fija un interés mínimo (cláusula suelo), sin perjuicio de la necesidad de incorporar a la escritura la *expresión manuscrita* a la que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, afirma que habría que entender cumplido el deber de transparencia con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial (Orden EHA/2899/2011); de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas (19).

(19) En la escritura, la estipulación correspondiente se entiende que es clara y comprensible: "Tipos máximo y mínimo: El tipo de interés, revisado conforme a las reglas anteriores, no podrá ser superior al 15 por ciento nominal anual, ni inferior al 0,30 por ciento nominal anual". El notario incluye en la escritura las advertencias prevenidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, añadiendo una advertencia específica: *"Expresamente les informo del contenido de la citada Ley 1/2013 cuando existen cláusulas suelo/techo, sobre la redacción por los prestatarios de un texto manuscrito reconociendo la suficiencia y comprensión de la información recibida; los comparecientes, debidamente enterados, según manifiestan, renuncian expresamente ante mí a redactar el texto manuscrito por considerarse adecuada y suficientemente informados, dada su formación y capacidad, información que se hace extensiva por mí a la incidencia del diferencial pactado sobre el tipo de interés y a la lectura en alta voz del contenido de la FIPER sobre estos extremos"*. La DGRN confirma la calificación que deniega la inscripción por falta de incorporación de la expresión manuscrita del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dado el carácter imperativo de dicho precepto, si bien "de lege ferenda" entiende de debiera ser suficiente la declaración del notario sobre la comprensibilidad real de las cláusulas, esto es, la declaración de que permite al consumidor evaluar las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo, derivadas de las cláusulas predispuestas.

El Notario debe comprobar la información proporcionada al consumidor por el banco, información que la Sentencia del TS de 8 de septiembre de 2014, considera desde una *perspectiva dinámica*, atendiendo a la fase precontractual y a la contractual. En relación con el caso concreto enjuiciado, entiende el Tribunal Supremo que no se acreditó la transparencia real de la cláusula suelo, por *no formar parte de las negociaciones y tratos preliminares, ni aparecer destacada y diferenciada específicamente en la oferta comercial realizada, ni resaltada o diferenciada en la escritura de préstamo hipotecario, sino incluida dentro de una cláusula más amplia y extensa*, rubricada, significativamente en atención a la regulación del 'interés variable' del préstamo (20). El Notario deberá atender a estos elementos para advertir sobre ellos e informar especialmente en los casos en que esa información haya sido deficiente en la fase precontractual.

La DGRN en R de 5 de febrero de 2014 entiende que el registrador debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de transparencia y si el Notario ha cumplido la normativa sectorial. Conforme a la R de 12 de marzo de 2015 y en relación con las cláusulas suelo u otras que formen parte del "objeto principal del contrato", deberá el Notario comprobar que se cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLDCU, que impone la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; y la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. Y además compruebe que las cláusulas son tales que permiten *que el adherente conozca o pueda conocer* la carga económica que realmente supone para él el contrato (en el sentido de sacrificio patrimonial para la obtención de la prestación económica deseada), y también la carga jurídica (o distribución de riesgos en la ejecución o desarrollo del contrato). Se trata de evitar que el predisponente incumpla su obligación de comunicar de forma clara y comprensible su oferta, diluyendo la relevancia sobre ella de determinadas cláusulas.

(20) Sin embargo, el la Orden de transparencia en su artículo 25, sección 3 y artículo 22, sección 2 y 3, exige la ubicación de la cláusula en la de interés variable, para evitar el carácter sorpresivo de la limitación.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Es de esperar que en el futuro el Notario disponga de los instrumentos legales adecuados para depurar el documento de cláusulas abusivas. Esta tarea compete al conjunto de Notarios, en colaboración con las Administraciones públicas y en especial con las autoridades de consumo.

Las Administraciones Públicas, en ejercicio de sus competencias, de control y sanción, pueden recabar información a las entidades que utilizan condiciones generales en su contratación con consumidores y usuarios, para su estudio y valoración del posible carácter abusivo. La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha reformado el TRLDCU para adaptar nuestra ley a la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, dedicando el artículo 60 TRLDCU a los requisitos de información, y en la misma dirección de asegurar a los consumidores la información necesaria, el nuevo artículo 81.1 TRLDCU (21).

Éste último punto, el ejercicio de las competencias administrativas en materia de control y sanción (tanto por parte del Banco de España como por las autoridades de Consumo), es un elemento importante para encorsetar en el futuro a los asesores jurídicos de las entidades, depurando las cláusulas abusivas en el momento de la redacción de los clausulados.

El artículo 16.2 del Anteproyecto de Ley andaluza para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda establece que "atendiendo a su deber de colaboración con las Administraciones Públicas, cuando el fedatario público detecte

(21) "Las empresas que celebren contratos con los consumidores y usuarios, a solicitud de la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, de los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a remitir las condiciones generales de contratación que integren dichos contratos, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, al objeto de facilitar el estudio y valoración del posible carácter abusivo de determinadas cláusulas y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye esta ley"

incumplimiento de lo previsto en esta ley, o cláusulas declaradas nulas por abusivas por sentencia ... lo pondrá en conocimiento del órgano directivo competente en materia de Consumo de la Junta de Andalucía, a efectos de la incoación de posibles expedientes sancionadores”.

El Arbitraje, Mediación y Conciliación en el ámbito de los préstamos hipotecarios y su ejecución, también está llamado a un mayor desarrollo en el futuro (22).

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por su parte, abre nuevas posibilidades de actuación al Notario, que podrían utilizarse en beneficio de los consumidores.

Por una parte, en muchos de sus preceptos, la Ley remite la decisión sobre determinados expedientes al criterio del Notario: el Notario aparece emitiendo juicios de valor, en un ámbito anteriormente reservado a los Jueces.

Por otra parte, se encomiendan al Notario competencias en materia de conciliación en el ámbito contractual. El nuevo artículo 81 de la Ley del Notariado se refiere a la posibilidad de realizar ante Notario un *expediente de conciliación* de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial sobre cualquier controversia contractual, concluyendo la conciliación en una escritura que formalice lo que acuerden los interesados con efectos ejecutivos, o en que conste que el acto terminó sin avenencia. Habrá que explorar en el futuro las posibilidades que este precepto abre en relación con la conciliación hipotecaria.

(22) En el artículo 17 del Anteproyecto de Ley andaluza, se crea un Tribunal Arbitral Andalúz para Ejecuciones Hipotecarias y Desahucios, en el ámbito de la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía, con el fin de que las empresas prestamistas que otorguen préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda incluyan en las condiciones generales la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, fomentándose desde la Junta de Andalucía la mediación extraprocesal para que puedan alcanzarse acuerdos que permitan al deudor conservar la propiedad o subsidiariamente, el uso de la vivienda.

La posibilidad de dotar de eficacia al juicio que el Notario formule sobre el desequilibrio que determinada cláusula produce entre los derechos y obligaciones de las partes, en interpretación de la cláusula general del artículo 82 TRLDCU, permitiría asegurar los efectos del contrato, en beneficio de ambas partes (también la prestamista). En esta línea, las nuevas competencias asumidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, acentúan la posibilidad de que el Notario emita este tipo juicios, sin perjuicio del recurso ulterior a la vía judicial.

EL “DESCUBRIMIENTO”, POR EL JUEZ, DE UNA INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO: ¿UNA ENTELEQUIA?, ¿UNA “ILUSIÓN”?, ¿O UNA FICCIÓN?

Ricardo de Ángel Yáguez

Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Deusto.
Abogado

Resumen: El Código civil español, en sus artículos 1.281 y 1.289, establece el principio al que ha de ajustarse la interpretación del contrato: la determinación de cuál fue la *intención* de los contratantes. El artículo 1.289 (que utiliza como sinónimos las palabras “intención” y “voluntad”) contempla la hipótesis de que el intérprete, después de hacer uso de los criterios hermenéuticos de los artículos 1.282 a 1.288, tenga dudas sobre el “objeto principal del contrato”, circunstancia a la que el texto legal atribuye el significado de *no poder llegar a conocerse cuál fue la intención de los contratantes*. En ese caso, dice el precepto, el contrato “será nulo”; en rigor, parece más un supuesto de *inexistencia*, vista la palabra “existe”, del artículo 1.254.

Pero, tanto si se trata de nulidad, como de inexistencia, ese desenlace de la actividad hermenéutica (“no hay contrato”) constituye una *solución extrema*. Por ello, la expresión “objeto principal del contrato” debe ser examinada con especial cuidado.

En el presente trabajo que aborda esta última cuestión, adoptándose para ello el método de *casos*. Se analizan las controversias planteadas en dos procedimientos arbitrales en los que concurrían circunstancias que permitían sostener la tesis de que *no hubo contrato*. Esto, porque la “intención común” era muy discutible, vista la forma (la redacción gramatical) en la que los respectivos contratos se habían expresado. En el primer caso, la duda estaba en algo tan a primera vista inexplicable como es determinar qué significa “metro cúbico” (el de un determinado tipo de piedra). En el segundo, el problema consistía en dar un significado a la palabra “limitación” (consistente en no edificar, referida a una finca urbana).

Estos *casos* no permitían una descripción superficial; exigían un detallado análisis de los argumentos desarrollados por las partes en defensa de sus respectivas interpretaciones.

Este estudio tiene como objetivo formular una *tesis*, que justifica el título del trabajo y que está presente, sobre todo, en los apartados I y V. La tesis consiste en la observación de que, en muchos casos, el juez (cuando él es el intérprete) no “comprueba” o “reconoce” la *intención* de las partes, sino que la “determina”, “declara” o “establece”, llevando a cabo una *integración* del contrato. Para ello, es necesario que del propio contrato se desprenda de forma inequívoca que las partes estuvieron de acuerdo en su *objeto* (no procede hablar de “objeto principal”). Es decir, las partes estuvieron de acuerdo en que la prestación de una de ellas tuviera un precio (caso primero de los analizados) y en que el dueño de una finca se viera privado de la facultad de edificar en cualquier parte de ella (segundo caso). Con este criterio, el juez, en el caso primero, estaría facultado para determinar la cuantía del precio. Y en el segundo, para decidir si la “limitación” impuesta al propietario constituía una obligación de no hacer o una servidumbre del mismo nombre. A efectos de adoptar su decisión, el juez tendría presente el principio de “conservación del contrato”, así como el de “economía del contrato”. Sobre todo, si la relación contractual se había desarrollado de hecho (al plantearse la controversia) durante un periodo de tiempo significativo.

La exposición de los dos *casos*, así como de las resoluciones adoptadas por los correspondientes tribunales arbitrales, explican que en el título de este trabajo se hable de *descubrimiento* por el juez de una *intención* de las partes, pero añadiéndose que ese *descubrimiento* puede tener mucho de entelequia, *ilusión* o *ficción*.

Abstract: In articles 1.281 and 1.289, the Spanish Civil Code lays down the principle that must guide the interpretation of contracts: determination of the contracting parties’ *intent*. Article 1.289 (which uses the words “intent” and “intention” as synonyms) contemplates that, after making use of the interpretation methods in article 1.282 through 1.288, the interpreter may have doubts over the “main purpose of the contract”, which the legal instrument defines as meaning *not being able to ascertain the contracting parties’ intent*. In such a case, says the article, the contract “will be void”; in more rigorous terms, it appears to be more of an *inexistence* scenario, consistently with the use of the word “exists” in article 1.254.

But, whether voidness or inexistence, that outcome of the interpretation activity (“there is no contract”) is an *extreme solution*. Therefore, the phrase “main purpose of the contract” must be examined with special care.

The paper addresses this issue, for which a case study method is adopted. The disputes examined in two arbitration proceedings are studied, in which from the prevailing circumstances it could be argued that *there was no contract*. This is because the “common intent” was very questionable, in view of the form (the grammatical wording) in which the respective

contracts had been expressed. In the first case, the doubt lay in something so apparently inexplicable as determining what was meant by “cubic meter” (that of a certain type of stone). In the second case, the problem consisted of giving a meaning to the word “limitation” (consisting in not building, in relation to an urban property).

These *cases* did not allow a superficial description; they required a detailed analysis of the arguments set out by the parties to defend their respective interpretations.

The goal of this study is to formulate a *theory*, which is behind the title of the paper and is present, above all, in points I and V. The theory consists in the observation that, in many cases, judges (where they are the interpreter) do not “confirm” or “acknowledge” the *intent* of the parties, but rather “determine”, “declare” or “establish” that intent, by carrying out a *complete integration* of the contract. For them be able to do so, it must transpire unambiguously from the contract itself that the parties were in agreement over its *purpose* (without needing to talk about the “main purpose”). In other words, the parties were in agreement that the obligation performed by one of them had a price (the first of the cases studied) and that the owner of a property was deprived of the power to build on part of it (in the second case). According to this principle, the judge, in the first case, would be authorized to determine the amount of the price. And in the second, to decide whether the “limitation” imposed on the owner constituted a negative covenant or easement. For the purpose of adopting a decision, the judge would have to draw from the principle of “preserving the contract”, and that of the “economy of the contract”. Above all, if the contractual relationship had in fact taken place (when the dispute arose) over a significant period of time.

In the presentation of the two *cases*, and of the decisions adopted by the arbitration tribunals concerned, it is explained that the title of this paper mentions *discovery* by the judge of an *intent* of the parties, but it adds that this *discovery* may have a large component of entelechy, *illusion* or *fiction*.

Palabras-clave: Interpretación del contrato. La *intención* de las partes. Objeto principal del contrato. Interpretación e integración. La llamada “interpretación integradora”. *Declaración* judicial de una *intención*, cosa distinta de su *comprobación*.

Key words: Interpretation of contracts. The *intent* of the parties. Main purpose of the contract. Interpretation and complete integration. The so-called “integrative interpretation”. The *declaration* by a court of an *intent*, not the same thing as the *confirmation* of an intent.

SUMARIO

- I. PREÁMBULO: PROPÓSITO DE LA PRESENTE APORTACIÓN Y MÉTODO DEL ANÁLISIS
- II. PRESUPUESTOS LEGALES
 1. Reglas básicas
 2. Los llamados “criterios interpretativos”
 3. La *integración* del contrato.
- III. UN CASO MUY ILUSTRATIVO: ¿PUEDEN LAS PARTES DE UN CONTRATO TENER UNA *INTENCIÓN* DIFERENTE SOBRE EL SIGNIFICADO DE “METRO CÚBICO”?
 1. El arriesgado mundo de las palabras
 2. Antecedentes
 3. Inevitable mención de conceptos que nos dan la Física y la Geometría
 4. Aplicación de lo anterior al caso controvertido
 5. Interpretaciones de cada una de las partes
 6. Pruebas practicadas y decisión del tribunal arbitral
 - 1.1. Pruebas
 - 1.2. La decisión del tribunal arbitral
- IV. POSIBLES SIGNIFICADOS DE LA “LIMITACIÓN” IMPUESTA SOBRE UNA FINCA
 1. Cuestión *de palabras* y cuestión de conceptos jurídicos
 2. Los hechos
 - 1.1. La partición convencional de la herencia de don Venancio
 - 1.2. Hechos posteriores
 - 1.3. Los acontecimientos desencadenantes del conflicto
 3. Planteamiento de la controversia y posiciones de las partes
 - 1.1. Por parte de doña Rosa, propietaria de una de las fincas colindantes con la afectada por la “limitación”
 - 1.2. Por parte de doña Isabel, dueña de la finca afectada por la “limitación”
 4. Consideraciones jurídicas
 - 1.1. Formulaciones conceptuales
 - 1.2. Unas reflexiones personales
 5. Algunos elementos de juicio para la interpretación de aquel “convenio” entre herederos
 - 1.1. Observaciones previas
 - 1.2. Criterios hermenéuticos que el caso sugiere
 6. Decisión del laudo
- V. RECAPITULACIÓN: ARGUMENTOS PARA FORMULAR CONCLUSIONES

1. ¿Qué es el “*objeto principal del contrato*”?
 - 1.1. Algunas opiniones de la doctrina
 - 1.2. Interpretación propiamente dicha e *interpretación integradora*
 - 1.3. Observaciones sobre la *interpretación*, en los dos casos examinados

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. PREÁMBULO: PROPÓSITO DE LA PRESENTE APORTACIÓN Y MÉTODO DEL ANÁLISIS

a) Cuando se me concedió el honor de participar en el Seminario internacional de Derecho civil sobre el tema genérico “*El juez y el contrato*”, opté, entre las varias posibilidades, por referirme a un extremo que alcanza al momento en el que el juzgador tiene que resolver una controversia de carácter contractual (1).

Es justamente entonces cuando el juez se ve en la necesidad de decidir sobre dos extremos que, formulados en su orden lógico y cronológico, se podrían sintetizar de la siguiente forma: en primer lugar, el juez debe determinar qué normas legales son de aplicación al caso controvertido; y en segundo término, se ve en la necesidad de llegar a una conclusión sobre cuál fue la *intención común* de los contratantes, a efectos de hacer efectivo el principio de que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”, por utilizar los categóricos términos del art. 1.091 del Código civil español (CC) (2).

(1) Este trabajo es la *versión extensa* –redactada para su publicación– de la conferencia de clausura pronunciada por el autor en el Seminario internacional de Derecho civil sobre “El juez y el contrato”, celebrado en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte (Chile) en su sede de Coquimbo.

(2) El precepto en cuestión, característico de los códigos de la *familia* del francés, no hace sino expresar, en términos legales, la idea clásica, con sede en el Derecho romano, de que el contrato es una genuina *lex privata* para las partes.

No obstante, la presente aportación va a tratar sólo sobre el segundo de los extremos propuestos, para guardar razonables extensión y simetría en relación con las demás ponencias de este Seminario.

La primera de las dos cuestiones propuestas no habría dado mucho que hablar –me refiero a España– hace treinta o cuarenta años, puesto que la legalidad aplicable al contrato era entonces de no difícil localización (el Código civil, el Código de comercio y algunas –no muchas aunque importantes– leyes especiales: Ley de arrendamientos urbanos, Ley de arrendamientos rústicos, Ley de venta a plazos de bienes muebles, Ley hipotecaria, etc.).

Pero en la actualidad las cosas han cambiado significativamente.

Y esto, por la concurrencia de regímenes legales (en lo contractual) de diferente procedencia y también de distinta fisonomía. Existen en España reglas jurídicas que, aun formando parte ya del ordenamiento jurídico español, derivan de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea. Por otro lado, coexisten –sigo hablando de la materia contractual– reglamentaciones legales procedentes del Estado como tal, esto es, leyes de las Cortes Generales del país, con regulaciones privativas o específicas de las Comunidades Autónomas que integran España en su actual conformación política. En algún caso (es particularmente significativo el de Cataluña), puede decirse que una Comunidad Autónoma posee su propio Código civil. En tercer lugar, por fin, en las últimas décadas ha aumentado de forma muy considerable el número de *leyes civiles especiales*, que, coexistiendo a su vez con el Código civil y con el de comercio, afectan a no pocos extremos de la materia *contractual*. En algunos casos, se trata de leyes de transposición de Directivas comunitarias. Y esto, sin contar con los Reglamentos del mismo origen, es decir, de la Unión Europea.

Estas circunstancias hacen que hoy no sea tan fácil como en el pasado la labor judicial de decidir qué norma o normas legales han de aplicarse para resolver la controversia que ante el tribunal se discute.

b) Pero, como decía antes, no es ese extremo el que va a ocupar mi atención.

A lo que ahora quiero referirme es a un problema de más calado (y que, como tal, no es *nuevo*), con sede en lo que quizás sea el

desafío más importante de un juez cuando tiene que dar respuesta a un conflicto de naturaleza contractual. Esto es, la necesidad de *interpretar* el contrato del que deriva el pleito.

De ahora en adelante, cuando hablo de *interpretación* aludo a la del juez (o, en general, de un *juzgador* –que puede ser un árbitro, por ejemplo, o de otro funcionario (un notario, un registrador, un órgano de la Administración)–, pero es obvio que la acción de interpretar puede llevarse a cabo por las propias partes del contrato (por así decirlo, por separado). Es claro que cuando una de esas partes entabla un pleito, pongamos por caso, o las dos llegan a una transacción (solución amistosa), cada parte –de ordinario, su abogado– “construye” su argumentación sobre lo que el contrato (o parte de él) *quiere decir*. Esto, sin contar con la llamada “interpretación auténtica”. Pero la interpretación por antonomasia es la judicial.

No parece ser éste un lugar adecuado para plantear los sugestivos aspectos que, en general y desde siempre, suscita la interpretación de los contratos, ni para formular opiniones *completas* al respecto (3).

El concreto punto en el que ahora quiero detenerme es el consistente en plantear unas premisas de carácter legal, para luego formular una pregunta (es decir, *cuestión* en sentido etimológico estricto). Y esto, con el propósito de poner en entredicho (en tela de juicio) una afirmación –en suma, un criterio– con la que venimos *conviviendo*, valga la expresión, desde siempre.

Me refiero a la circunstancia de que, tanto desde el punto de vista legal como desde el doctrinal, se viene considerando que el contrato debe interpretarse de conformidad con la *intención común* de los contratantes. Y, de hecho, los tribunales suelen llegar a una conclusión sobre la base de que esa *intención común* de las partes

(3) Las construcciones doctrinales españolas al respecto son, como es obvio, abundantísimas. Por eso, me limito ahora a una cita de incuestionable autoridad, que bien puede calificarse, según expresión ya muy asentada, como *la mejor doctrina*. Me refiero a DÍEZ-PICAZO, Luis (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.^a ed., vol. primero: *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, pp. 495-513. No se encuentran divergencias significativas entre los autores, salvo en la interpretación del párrafo segundo del art. 1.289 CC, extremo al que me referiré en la parte final de la presente aportación.

está ya, por así decirlo, fijada o establecida (por el propio tribunal de cada caso, se entiende).

Mi propósito en este trabajo es el de poner de manifiesto que, probablemente, la realidad con la que nos encontramos en muchos casos es la de que el juez, al resolver una controversia de origen contractual, lleva a cabo un genuino “descubrimiento” de una *intención común* que hasta el momento de la sentencia había sido una incógnita. O que, incluso, había sido negada o rechazada por una de las partes del conflicto (4).

A mi juicio, ese “descubrimiento” puede tener más de *ilusión* (“concepto, imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos”) que de una cabal y completa percepción de lo que cada parte, por separado, realmente quiso al contratar. Por eso, en el título del presente trabajo acudo a la palabra *suposición*. Y es porque entiendo que, no pocas veces, el pensamiento de una sentencia puede venir más inspirado por lo que constituye “dar por sentada y existente una cosa” (eso significa *suponer*), que por lo que la realidad de los acontecimientos podría hacer entender.

Por eso, en el título utilizo también la palabra *entelequia*, aunque sea despojándola del carácter “irónico” que a dicho vocablo atribuye la acepción 2 del Diccionario de nuestra Academia. Siendo esa acepción 2 la de “*cosa irreal*”, no quiero decir que la conclusión a la que llegue un juez sobre la *intención común* sea algo que carece de sustento en la realidad de las cosas, sino que el propósito de mis palabras es el de poner de manifiesto (o al menos sugerir) que –muchas veces– lo que el juez hace es “construir” una *intención común*, inspirado por el llamado *principio de conservación del contrato*. Este *principio*, a mi entender, y aparte de otros significados que se le quieran dar, puede responder a la inevitable percepción del juzgador de que si las partes contrataron, *fue por algo*. Y “descubrir” ese *algo* explicaría que el órgano judicial correspondiente haga esfuerzos denodados por hallar una *intención común* sobre el núcleo mismo del contrato; esto es, sobre lo que las partes *quisieron*.

(4) Ha de tenerse presente que cuando un tribunal, en última instancia, declara que la *intención común* de las partes de un contrato fue “x”, ya no hay dudas: esa *fue* la intención común.

No creo incurrir en ninguna exageración cuando afirmo que la búsqueda de una *intención común* (cuando las partes discuten sobre cuál fue, y más cuando una de ellas niega su existencia) puede tener, por parte del juez, algo de “invención”, pero no en el sentido peyorativo de la palabra, sino en el que deriva de la primera acepción del verbo *inventar*, esto es, hallar o descubrir algo nuevo o no conocido.

Dicho todavía de otro modo, me pregunto si en muchos casos no habrá, en el “descubrimiento” de una (supuesta) *intención común* algo de “ficción”, motivo por el que también hago uso de esta palabra en el título de la ponencia.

Sin ánimo de cargar las tintas, ni de hacer una utilización abusiva del lenguaje, me atrevería a decir, en efecto, que en muchas ocasiones (repito), la declaración judicial de una *intención común* puede tener algo de “ficción”, en el sentido (tomado del verbo *fingir*, pero sin matiz de reproche) de dar existencia ideal a algo que realmente no la tiene; quiero decir, que no la tiene *con certeza*.

En otras palabras, lo que pretendo es poner de relieve que no siempre (o no necesariamente siempre) el proceso intelectual encaminado a determinar si en las partes de un contrato hubo o no una *voluntad común* entran en juego de verdad elementos de juicio consistentes en indagar sobre “*voluntades*”. Lo cual me conduce, en definitiva, a plantear de nuevo –si bien con el método de *casos* al que ahora me voy a referir– la cuestión de trazar la nada fácil frontera (hablo de la realidad, no de los conceptos) entre la *interpretación* del contrato y lo que se viene denominando *integración* del mismo; extremo al que dedicaré algunas de las reflexiones finales.

Trasladando al mundo del Derecho el significado de la palabra filosófica *aporía*, acaso pudiera decirse que podemos estar –a veces– en presencia de una de ellas. Porque, en efecto, la declaración judicial de una *intención común* de los contratantes puede estar aquejada de una “*dificultad lógica que presenta un problema especulativo*”. Quiero decir que puede haber casos en los que el criterio del juzgador no es susceptible de una fundamentación racional (aquí, racionalidad técnico-jurídica) conducente a una demostración indiscutible o incontestable. Ahora bien, esto último no nos puede extrañar a los juristas; es algo que se halla con harta frecuencia en el discurso jurídico.

c) Con el fin de intentar ilustrar lo que quiero decir, la presente aportación se inspira en un método de *casos*. Se trata de dos contiendas en las que tuve el honor y la satisfacción (me refiero a la científica o académica) de ser miembro de los correspondientes tribunales arbitrales (en uno de ellos, presidente) que resolvieron las controversias (5).

Por imperativos del razonamiento (utilizando una expresión cartesiana), mis opiniones se formulan a lo largo de la exposición de cada uno de los *casos*, dejando otras para el apartado final, a modo de recapitulación o conclusiones.

De otra parte, utilizaré con frecuencia la expresión *intención común*. Pero –y enseguida volveré sobre ello– la mayor parte de mis razonamientos servirían para hablar de *la intención de lo contratantes*, sin más.

II. PRESUPUESTOS LEGALES

Para abordar la cuestión que me ocupa, es necesario tomar como punto de partida las premisas legales del problema (siempre desde el punto de vista del Derecho español). Éste va a ser el esquema del presente capítulo (6).

En este punto, creo que debe distinguirse entre las reglas básicas instauradas por los códigos y los criterios interpretativos contruidos por la doctrina.

1. Reglas básicas

Se encuentran en los arts. 1.281 y 1.289 CC.
El primero de ellos reza:

(5) Por este motivo, me expreso a veces en tiempo gramatical de *pasado*, pero acudiendo al *presente* cuando se trata de exponer razonamientos o reflexiones personales.

(6) Desde luego, se trata de un capítulo que sólo pretende ser de información para el lector no muy familiarizado con el Derecho español.

“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren (7) contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.

El precepto transcrito, de acuerdo con una lectura que podría llamarse *precipitada* y a la vez *tranquilizadora*, sienta un principio que, como tal, parecería no dar lugar a equívocos: la *intención* de los contratantes lleva al juez a una *solución* ajustada al sentido literal de las cláusulas del contrato.

No obstante, y esto no es ningún descubrimiento por mi parte, afirmar que “los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes” constituye una notable inversión lógica. En primer lugar, porque concluir en que los términos de un contrato “son claros” es el desenlace de una actividad intelectual de genuina *interpretación*. No parece necesario que insista en la petición de principio que se encierra en la ya clásica máxima de *in claris non fit interpretatio*.

Un caso de los que a continuación voy a mencionar (el problema de “*qué significa un metro cúbico*”) me va a servir para poner de relieve que lo de “*claros*” no parece ser tan fácil de determinar, contra lo que a primera vista pudiera parecer.

Repárese, por otro lado, en que el texto legal habla de “*intención* (8) *evidente*” de los contratantes, lo que significa que la voluntad de las partes ha de ser “cierta, clara, patente y sin la menor duda”, según la definición de nuestro Diccionario, concorde con lo que manifiesta el art. 1.281, en sus dos párrafos.

Pero no queda ahí todo, porque el primer párrafo del art. 1.281 formula la apostilla de que los términos “claros” del contrato *no dejan duda sobre la intención de los contratantes*. Tampoco constituye ningún hallazgo por mi parte la observación de que el texto legal habla de la *intención de los contratantes*; es decir, de *todos* los

(7) Siempre me ha llamado la atención este verbo, que implica tener apariencia o aspecto de algo. Creo que debe observarse que ese vocablo nos coloca en el comienzo mismo de la acción de interpretar, por cuanto el verbo, en casi todas sus acepciones, entraña duda o incertidumbre.

(8) Determinación de la voluntad en orden a un fin.

contratantes (que de ordinario serán *los dos contratantes*, al menos según las exposiciones académicas sobre la cuestión) (9).

Ahora bien, hablar de *intención común* no deja de ser una concepción a la “imaginación”, pues cuando el juez hace una determinada interpretación de un contrato, realmente está llevando a cabo una

(9) En el momento actual, no puedo dejar de decir que me parece particularmente aleccionador el régimen de la interpretación del contrato formulado en un trabajo que recientemente me ha llevado a calificarlo como “obra jurídica monumental de nuestros días”. Me refiero al documento titulado *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editores VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric (2009). Sellier, Munich. Se trata de la *full edition*. El capítulo 8 del Libro II es el que se refiere a la interpretación de los contratos (arts. II.-8:101 a II.-8:202). Con la particularidad, digna de hacerse notar, de que en esos artículos se distingue entre la interpretación de los contratos y la interpretación de “*otros actos jurídicos*”. Considero de máximo interés la consulta de los *Comentarios* y de las *Notas* que siguen a cada uno de los artículos mencionados, pues los primeros explican la razón de ser de cada precepto proyectado y las segundas contienen un completo análisis –en esta materia– de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea (y de otros que no lo son); v. vol. 1, pp. 580-603 de la versión en internet. En todo caso, considero muy revelador, a efectos de lo que se sostiene en esta ponencia, el texto del art. II.-8:101: *General rules. (1) A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words. (2) If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party’s intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party. (3) The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it: (a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or (b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract’s apparent meaning*. Repárese en que, en primer lugar, el texto se refiere a la “intención común de los contratantes”. Pero, en segundo término, la norma proyectada admite o da por bueno que la *intención común* puede no ser “establecida”. Mas, en ese caso, y a diferencia de lo que sucede en el CC español, el contrato no es “condenado” a la nulidad: el texto se remite a una interpretación ajustada al entendimiento de *una persona razonable*.

declaración revestida de una gran carga de apreciación subjetiva. Lo que hace que la *intención* sea el resultado, no la premisa, de la operación de interpretar (10).

Cuando el art. 1.289 (que cito a continuación) habla de la imposibilidad absoluta de *resolver las dudas*, es patente que se refiere a *dudas sobre la intención de los contratantes* (en plural) del art. 1.281.

El hecho de que, como digo, ese art. 1.281 utilice el plural (“*intención de los contratantes*”) parecería conducir a la idea (no presente en nuestro Código) de una *intención común* como única forma de realizar una interpretación correcta. Pero, evidentemente, no es así. De hecho, en la doctrina española únicamente se suele decir *intención común* cuando los autores tratan sobre el carácter (objetivo o subjetivo) de los “criterios interpretativos” de los arts. 1.282 a 1.288. Es decir, a efectos meramente expositivos (11).

A mi juicio, y en el fondo, lo terminológico es poco significativo a la luz de la *gran cuestión* que la interpretación implica; es decir, la dualidad *interpretación subjetiva-interpretación objetiva*. La primera pretende una reconstrucción del propósito de los autores de la regla contractual, mientras que la segunda intenta atribuir a la declaración contractual un sentido obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran querer (12).

(10) La carga de apreciación subjetiva que tiene la interpretación está presente, en mi opinión, en la primera acepción del verbo *interpretar* (“explicar o *declarar* el sentido de algo, principalmente de un texto”). Si quien *declara* no es el autor del “texto”, es patente que sólo se trata de una “manifestación” (acepción 1 del verbo “declarar”). Circunstancia que explica que un contrato pueda ser objeto –de hecho, así suele ser muchas veces– de distinta interpretación por parte de diferentes órganos judiciales (por ejemplo, en las sucesivas instancias de un pleito). Cosa no infrecuente, también, en la interpretación de las normas jurídicas; es particularmente revelador el caso de “cambio de criterio interpretativo” por parte de un mismo órgano judicial.

(11) Por referirme de nuevo a Díez-PICAZO (2007), pp. 498 (donde el autor sitúa la “voluntad común” en el art. 1.281), 505 y 510. Pero no es la locución predominante.

(12) En nuestro Código, ese binomio, así formulado, no se encuentra. Lo único que existe es la posibilidad de atribuir un significado (objetivo o subjetivo) a cada uno de los criterios interpretativos de los arts. 1.282 a

Por su parte, el art. 1.289 CC dice:

“Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo” (13).

Como se ha visto, atribuyo a este art. 1.289 el carácter de “regla básica”, no el de norma subsidiaria respecto de los siete artículos precedentes, a diferencia de lo que algunas sentencias (aunque no muy recientes) han dicho. No obstante, también Díez Picazo parece aceptar la idea de que dicho precepto contiene “criterios subsidiarios” (14). Y si digo *parece* es porque, a pesar del epígrafe que utiliza el autor, lo que éste manifiesta es que el Proyecto de 1851 otorgó a la interpretación de acuerdo con los usos o las costumbres el carácter de regla subsidiaria. Pero añade que nuestro Código “no

1288; extremo en el que, por cierto, las opiniones doctrinales discrepan a veces considerablemente, del mismo modo que discrepan sobre la prevalencia o no de unos criterios sobre otros. En este punto, v. JORDANO BAREA, Juan B. (1988), “La interpretación de los contratos”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, pp. 309-336, Madrid, Consejo General del Notariado.

(13) El art. 50 del Código de comercio, por su parte, dispone: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”. Y el art. 57 contiene una regla que se echa en falta en el CC: “Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

(14) DÍEZ-PICAZO, Luis (2007) p. 511.

ha seguido este parecer y ha establecido lo que puede llamarse una regla de cierre en la norma contenida en el art. 1.289”. Y, a mi entender, el que sea una “norma de cierre” (formalmente, la última) no determina ninguna *subsidiaridad*. Más bien, insisto, creo que se trata de un precepto capital, que se engarza con el 1.281.

Lo complicado en este artículo es desentrañar el significado de la expresión “objeto principal del contrato”, extremo sobre el que trataré en el apartado de *recapitulación* de este trabajo. A mi juicio, la *intención común* de las partes se concreta en: (i) como es obvio, que quisieron contratar; (ii) que sus voluntades coincidieron en el *tipo contractual* sobre el que acordaron; (iii) que quedaron suficientemente definidas, en sus rasgos fundamentales, las prestaciones incumbentes a cada parte (15). Lo que significa que pudo no haber una *intención común* sobre cómo, dónde, cuándo y cuánto debían llevarse a cabo tales prestaciones. E incluso respecto a favor de quién, cuestión que puede entrañar una calificación jurídica del derecho establecido en favor de uno de los propios contratantes (16).

2. Los llamados “criterios interpretativos”

Interesa poner de relieve que este art. 1.289, último de los que el CC dedica a la interpretación de los contratos, va precedido (1.282 a 1.288) de sendos preceptos sobre los que la doctrina ha construido una “teoría general de la interpretación”, a su vez inspirada en los términos del ya contemplado 1.281.

Así, el art. 1.282 formula el criterio interpretativo consistente en examinar el comportamiento de las partes. Dispone que para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato (17).

El art. 1.283 contiene una regla de las que se han llamado *interpretación subjetiva*. Dispone: “*Cualquiera que sea la generalidad de*

(15) Esa *definición* de las prestaciones puede no tener nada que ver con el significado económico de una determinada, sobre todo si se tiene en cuenta que el simple paso del tiempo, por ejemplo, puede ocasionar una onerosidad no contemplada en el momento de contratar.

(16) Esta última hipótesis concurrió en el segundo de los casos a los que me referiré en este texto.

(17) La jurisprudencia ha declarado que deben valorarse también los actos anteriores.

los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

El art. 1.284 expresa uno de los criterios ajustados a una llamada interpretación finalista del contrato, íntimamente vinculada a la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato. La norma reza: *“Si alguna cláusula de los contratos admite diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.*

El art. 1.285 establece que *“las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.* Es decir, se acude a un criterio sistemático, inspirado en el llamado “canon hermenéutico de la totalidad”.

DÍEZ-PICAZO (18) incluye el artículo 1.286 en la llamada interpretación finalista del contrato, esto es, acorde con su función económico-social. Dice la norma: *“Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato”.*

El art. 1.287 reza: *“El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”* (19).

(18) DÍEZ-PICAZO (2007) 506-507.

(19) En este punto, creo que interesa recordar que el Código civil, en su redacción originaria, y al enumerar las fuentes del Derecho, se refería a la ley, a la costumbre y a los principios generales del Derecho. Pero la reforma del Código por Decreto de 31-V-74 dio lugar a que el actual art. 1.º, en su apartado 3, diga (en dos párrafos separados): *“La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria, a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre”.* De acuerdo con esta nueva redacción, esos usos deberían llamarse *no interpretativos* y coincidirían con lo que algún sector doctrinal venía denominando *usos normativos*, es decir, usos que regulan o reglamentan una determinada situación. Esto es, existiría una distinción conceptual entre los usos del art. 1.3 y los del art. 1.287. No obstante, esa supuesta diferencia ha sido negada por autorizadas opiniones. Por otro

Por fin, el art. 1.288 dispone: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”. Se trata de una expresión, quizá no muy afortunada, de lo que se ha dado en llamar interpretación *contra proferentem*, que tanto ha dado que hablar y que escribir, sobre todo en el terreno de las llamadas *condiciones generales de la contratación*; de forma muy particular, en el ámbito del Derecho de consumo.

Se observa que las normas citadas utilizan expresiones (sobre todo la de *se entenderá*) que, con toda corrección gramatical, pueden significar “deducir”, “creer” o “pensar”.

Todos esos preceptos, desde luego, no son para poder *conocer* la voluntad de los contratantes, sino para *intentar conocerla*. Del art. 1.289 se desprende con nitidez que el *intento* puede resultar fallido o frustrado. Lo que sucede es que esa eventual frustración no conduce a la conclusión “extrema” de que *no hubo contrato* en el caso de que los criterios interpretativos no sirvan para disipar las “dudas” (quiere decir que sigue sin haber seguridad o certeza), cuando tales dudas recaen sobre “circunstancias accidentales”. Los dos casos que describiré más adelante son reveladores de que los respectivos tribunales arbitrales (*a pesar de las dudas*, es preciso insistir en ello) llegaron, en el primero, a *determinar* un precio (su cuantía, no su existencia) y en el segundo a *declarar* el alcance temporal y subjetivo de una “limitación” que, como tal, no se negaba —era imposible hacerlo— por ninguna de las partes de la controversia.

3. La *integración* del contrato

Puesto que luego he de volver sobre este punto, procede señalar que tal “técnica” encuentra su acomodo en el art. 1.258 CC, que dice: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

lado, debe tenerse presente que, como enseguida se dirá, el *uso* puede tener una función “integradora” del contrato, según el art. 1.258.

III. UN CASO MUY ILUSTRATIVO: ¿PUEDEN LAS PARTES DE UN CONTRATO TENER UNA *INTENCIÓN* DIFERENTE SOBRE EL SIGNIFICADO DE “METRO CÚBICO”?

1. El arriesgado mundo de las palabras

A los juristas no nos resulta extraño que incluso los conceptos más elementales (y, por otra parte, de uso común) puedan ser entendidos de forma distinta por las personas intervinientes en una relación jurídica. Tan es así, que no es raro que los códigos civiles, por ejemplo, se cuiden de establecer el significado jurídico de una palabra. Por ejemplo, el artículo 346 CC puntualiza el sentido de la palabra “muebles” (los propios de una vivienda, pongamos por caso), a ciertos efectos, para distinguirla de la expresión *bienes muebles* en su sentido jurídico más estricto (20).

(20) La fórmula de las “definiciones legales” es, en la actualidad, muy frecuente. Sobre todo, cuando se trata de disposiciones cuyo ámbito de aplicación supera las fronteras de un país; esto es, cuando resulta notorio el riesgo de que un determinado vocablo pueda ser entendido de formas diferentes, en función o a la luz de ordenamientos jurídicos *nacionales* distintos. En el plano de los proyectos académicos de armonización legislativa, merece particular mención, a estos efectos, el documento antes citado *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. No es sólo que el *borrador* defina cuidadosamente todas las figuras jurídicas que en él se contemplan (por ejemplo, en el caso de cada uno de los contratos regulados), sino que el documento, en su parte final, tiene un Anexo de *definiciones* comprensivo de más de 150 vocablos o conceptos jurídicos de la más diversa naturaleza. Cito unos ejemplos: “acto jurídico”, “invalidéz”, “simulación”, “beneficiario”, “reclamación”, “condición”, “conducta”, “discriminación”, “cosa corporal”, “daño”, “negligencia”, “bienes muebles”, “obligación recíproca”, “terminación” (del contrato), “posesión”, “día festivo”, etc., etc. Las *definiciones* contribuyen a fijar el significado de palabras que podrían entenderse de diversas maneras. También a título de ejemplos, observamos cómo en el Libro I se determina el alcance que debe darse a la expresión “por escrito”, o a la de “firma”. En el Libro II, el capítulo 6 perfila el concepto de la palabra “representación”. Antes, se habían definido conceptos como “oferta”, “aceptación” o “contratos no concluidos mediante oferta y aceptación”. Del mismo modo, al comienzo del Libro III se fija el significado de términos como “obligación”, “cumplimiento” o “incumplimiento”. En ese mismo Libro III, se determina el concepto del vocablo “compensación”, a efectos del Derecho de obligaciones. Por otro lado, son abundantes los lugares en los que utiliza la palabra

El caso al que a continuación me voy a referir constituye un ejemplo de algo que también es bien sabido por los juristas: que en muchas ocasiones la realidad supera a la imaginación más ardiente. Digo esto porque, como se verá, en el caso en cuestión la disputa principal de las partes del arbitraje consistió en determinar el significado de la expresión “metro cúbico”.

2. Antecedentes

Don Atenodor M. I. era propietario de una cantera de ofita. La ofita es una roca (coloquialmente, una piedra) particularmente apreciada para ciertos usos. Por ejemplo, tiene cualidades que la hacen especialmente adecuada para dotar de más calidad a la parte superior o visible de carreteras y calles. Su comercialización aumentó notablemente en España cuando empezó la política de tendido o construcción de grandes y estimadas autopistas. La ofita (dato sobre el que hemos de volver) tiene una densidad de 2,1 gramos por centímetro cúbico.

En marzo de 1966, don Atenodor concertó con la sociedad mercantil “Carreteras y Contratas SA” un contrato cuyo objeto era la concesión de derechos de explotación de la cantera; es decir, un contrato de los llamados (mal llamados) arrendamiento de cantera, del mismo modo que es frecuente hablar también de arrendamiento de mina. Quizá la expresión “cesión de explotación” sea la más correcta.

Se pactó un plazo determinado (cinco años), acordándose también, como es obvio, los términos económicos. La sociedad arrendataria “arrancaría” ofita de la cantera (es decir, de su estado natural, o “filón”), para luego trasladarla a unas instalaciones próximas en las que aquélla trituraría la piedra para lograr trozos de la misma adecuados a su forma de utilización habitual; es decir, adecuados al

inglesa *scope* para expresar con precisión el significado de artículos relativos a una determinada figura jurídica. La oportunidad (mejor dicho, necesidad) de establecer una especie de *vocabulario* completo y bien definido venía justificada, además, por un fenómeno al que he dedicado atención recientemente, como es el evidente mérito del *DCFR* de haber hecho el enorme esfuerzo (a mi juicio con notable resultado) de conciliar o conjugar los conceptos y los principios del *civil law* y los del *common law*.

modo en el que la ofita se comercializa (trozos de mayor o menor tamaño, pero nunca muy grandes). De hecho, en el arbitraje quedó acreditado que durante los años precedentes al conflicto se habían extraído unas 38.000 toneladas de ofita de tamaños 0-3 y 0-5 (el tamaño menor, conocido como “arena”), unas 42.000 toneladas de tamaño 5-12 (denominado gravilla) y más de 300.000 toneladas del tamaño 12-18 (que se suele denominar grava).

Se había acordado que, al final de cada año, la arrendataria pagaría al propietario una cantidad fija o a tanto alzado, basada en una estimación de la ofita extraída. A estos efectos, y para aplicar el precio de “x” pesetas por tonelada, la cantidad de piedra extraída quedó fijada en un sistema de “vales”, en cada uno de los cuales constaría el peso de la carga de cada camión con los que se retiraba la ofita triturada en los diferentes tamaños que antes se han dicho.

Pero ésta no constituía la única forma de satisfacer el precio, porque se convino que, al terminar la duración del contrato, la arrendataria pagaría a don Atenodor un llamado “canon” de 40 pesetas “*por metro cúbico de ofita extraída*”. Es decir, se estableció una forma de *determinación* del precio y otra distinta de *pagarlo*.

A lo anterior hay que añadir un dato (que abunda en lo antes dicho sobre la realidad y la imaginación ardiente), objeto también de controversia en el arbitraje. Me refiero a la circunstancia de que, no mucho después de concertarse el contrato, “Carreteras y Contratas” concertó otro con la mercantil “Ofitas de Frúniz SA”, por el que esta última se subrogaba en los derechos y obligaciones de la primera, resultantes del “arrendamiento de cantera” concertado con don Atenodor.

En el arbitraje, que por cierto fue promovido por don Atenodor y dio lugar a que fuese el juez quien llevase a cabo la llamada “formalización”, así como el nombramiento de los tres árbitros, don Atenodor sostuvo que el acuerdo de subrogación entre las dos referidas sociedades mercantiles constituía un caso de *cesión de contrato*. Alegó don Atenodor, con todo fundamento, que la cesión de contrato (figura no presente en el CC pero sí contemplada por la jurisprudencia) requiere el consentimiento del que se llama “contratante cedido”, en este caso el propio don Atenodor. Y argumentaba este último que él no había prestado su consentimiento a tal cesión, por lo que –seguía argumentando– él sólo podía considerar como contratante a “Carreteras y Contratas”.

Esta pretensión de don Atenodor fue desestimada en el laudo, por entender los árbitros que había quedado probado que don Atenodor conoció la efectiva subrogación por parte de “Ofitas de Frúniz”, hasta el punto de haber trabajado para esta última sociedad en la planta trituradora próxima a la cantera. Es decir, el tribunal arbitral concluyó que don Atenodor había consentido tácitamente la cuestionada cesión de contrato.

Pero este último episodio al que acabo de referirme revistió muchísimo interés en relación con un extremo capital en materia de interpretación del contrato, cual es la indagación sobre la “voluntad” de las partes.

No parece necesario insistir demasiado en el hecho de que si una de las partes de un contrato es una sociedad mercantil (o, en general, una persona jurídica), hablar de “voluntad” o de “intención” significa inequívocamente referirse a la voluntad o a la intención de al menos una persona física.

Y, como veremos luego, se da la singular circunstancia de que la persona física que había negociado el contrato con don Atenodor en representación de “Carreteras y Contratas” sostuvo en el arbitraje una visión de las cosas o una opinión (en definitiva, una “intención”) distinta de la que mantuvo, también en el arbitraje, la persona física representante de la cesionaria “Ofitas de Frúniz”. Reparará el lector en la singularidad a la que antes me refería, pues aunque el contrato era bilateral (de una parte el arrendador, y de la otra una sociedad arrendataria), el curso de los acontecimientos hizo que la parte arrendataria estuviera constituida sucesivamente por dos sociedades diferentes. Este dato –y no parece necesario insistir más en ello– hace que la propia idea de *indagación de la voluntad* se torne mucho más compleja que lo que a primera vista parecería, pues obliga a plantear la pregunta sobre de qué *voluntad* de la parte arrendataria deba hablarse: si sobre la de la sociedad arrendataria originaria o si sobre la de la mercantil arrendataria que podremos llamar “definitiva” (como consecuencia de la cesión del contrato).

3. Inevitable mención de conceptos que nos dan la Física y la Geometría

Llegado este momento, es inexcusable, como dice el epígrafe,

acudir a conceptos al parecer tan ajenos al Derecho como son los físicos y los geométricos.

Y esto no es por capricho o veleidad, sino por la forma en la que las partes de este contrato convinieron sus términos económicos.

El precio de la prestación a cargo de don Atenodor (aportar ofita, o, mejor dicho, sufrir una disminución de esta piedra existente en su cantera) se estableció con referencia al término de la explotación por parte de la arrendataria. Y se fijó en función de una unidad de volumen, como es el metro cúbico. Procede recordar lo antes dicho, esto es, que, al término del contrato, la arrendataria pagaría al arrendador la cantidad de 40 pesetas “*por metro cúbico de ofita extraída*”. Éste era el “canon” por la explotación.

Pero ocurre que, sin perjuicio de ese *precio final*, las partes habían acordado que la arrendataria pagase al arrendador una determinada cantidad, cada año, en función de las toneladas (unidad de peso) que en ese año hubiera extraído de la cantera la arrendataria. Toneladas que, como antes se ha dicho, derivaban del pesaje de las cargas de ofita que mediante camiones se iban transportando desde la instalación trituradora hasta los lugares de destino de la piedra, determinados por la arrendataria. Esa piedra transportada en camiones, procede repetirlo, era ya troceada o triturada, según el criterio de tamaño que permite distinguir entre “arena”, gravilla y grava.

Y aquí es donde es necesario acudir a la Geometría y a la Física, por lo que a continuación digo:

La tonelada, como unidad de peso, no deja lugar a duda, pues significa 1.000 kilogramos.

Pero el peso, como es obvio, no tiene nada que ver con el volumen. Y lo que las partes acordaron como *precio final* fue en función del volumen, no del peso. En concreto, el contrato se refirió a “*metro cúbico de ofita extraída*”.

Contempladas las cosas desde el punto de vista de la Geometría, el concepto “metro cúbico” no suscita problemas. Un metro cúbico, acudiendo a nuestro Diccionario (sobre la palabra “cubo”), es un “sólido regular limitado por seis cuadrados iguales y que, por tanto, tienen también iguales sus tres dimensiones”. Con la particularidad de que cada lado de los seis cuadrados tiene un metro de longitud. También podría decirse, al margen del Diccionario, que un metro

cúbico es un poliedro hexagonal regular, cuyas superficies planas miden un metro por todos sus lados.

Este último concepto geométrico no parece ofrecer dificultad, pero las cosas se complican si, como ocurrió en el caso que examino, la Geometría se pone en relación con la Física. Porque esta última aporta la noción de “densidad”, que es el resultado de dividir la masa (o peso) de un cuerpo y el volumen que ocupa.

En efecto, un metro cúbico de agua, cuya densidad es 1, equivale, en unidad de peso, a una tonelada o 1.000 kilogramos. Pero si la densidad de un objeto es superior a 1, un metro cúbico pesa, evidentemente, más de una tonelada.

Y esto es lo que enfrentó a las partes en la controversia objeto del arbitraje.

4. Aplicación de lo anterior al caso controvertido

Según hemos visto antes, la densidad de la ofita es 2,1, lo que significa que el peso de un metro cúbico de esa piedra es 2.100 kilogramos.

Eso es así cuando hablamos de la ofita en su estado natural, es decir (y valga la redundancia), tal y como esa piedra se presenta en la naturaleza: integrando un bloque físico en el que, mediante la simple visión, no es posible distinguir o establecer criterios ni de volumen ni de peso. En la terminología propia de este sector, suele decirse que se trata de piedra “en rama”. Si, por ejemplo, se vende una tonelada de ofita “en rama”, no ha lugar a discusión: quiere decir que se vende un bloque indiviso de esa piedra, de 1.000 kilogramos de peso.

Ahora bien, cuando la ofita se extrae de la cantera y es triturada, lo que era un metro cúbico de esa piedra en su estado natural pasa a tener un volumen superior, como consecuencia del espacio ocupado por los intersticios existentes entre cada trozo de todos en los que ese metro cúbico ha sido dividido o fragmentado. Evidentemente, si el metro cúbico era una unidad compacta y no dividida, y pesaba 2.100 kilogramos, y luego fuese triturada o troceada, el conjunto de todos los fragmentos seguiría teniendo un peso de 2.100 kilogramos, pero con un volumen mayor.

Por otro lado, y continuando con la Física, la relación entre peso y volumen, sea cual sea el objeto del que se trate, depende del vo-

lumen de los trozos o fragmentos en los que la totalidad se divida. Cuanto mayor es el volumen de cada fragmento, más volumen ocupan los intersticios entre uno y otro. De forma que, siguiendo con el ejemplo de la ofita, un troceamiento de un metro cúbico en fragmentos muy pequeños haría que el volumen de todos ellos resultase no muy superior al ocupado por esa misma ofita no troceada o "en rama". Es claro que cuanto menor es el tamaño de cada trozo de la ofita fragmentada, menos intersticios existen, lo que significa que una determinada "pieza" de ofita, como digo sumamente troceada, puede llegar a tener un volumen muy parecido al de esa misma pieza sin fragmentar o triturar.

En el arbitraje al que me vengo refiriendo, se practicó, a iniciativa de los árbitros, una prueba pericial consistente en establecer equivalencias entre volumen y peso de las diferentes formas en las que la piedra del conflicto había sido troceada o fragmentada. De esa prueba pericial derivó el siguiente resultado:

— Un metro cúbico "arena" (tamaño 0-5), con un peso de 1.520 kilogramos.

— Un metro cúbico "gravilla" (tamaño 5-12), con un peso de 1.360 kilogramos.

— Un metro cúbico "grava" (tamaño 12-18), con un peso de 1.320 kilogramos.

5. Interpretaciones de cada una de las partes

Vencido el plazo de duración del contrato, don Atenodor, como queda dicho, promovió un procedimiento arbitral en el que formuló diversas pretensiones. Pero la que aquí importa es la relativa a la "liquidación económica" del contrato, sobre la base de los dos criterios de pago del precio que antes se han mencionado (distíngase *pago del precio* de *determinación del precio*). Es decir, un "pago a cuenta", basado en el criterio de "x" pesetas por tonelada de ofita troceada y un segundo pago (la verdadera liquidación), con aplicación de la fórmula de un *canon* de 40 pesetas por cada "*metro cúbico de ofita extraída*".

Don Atenodor, que ya había cobrado el precio que hemos llamado "a cuenta", sostuvo que por "metro cúbico de ofita extraída" debía entenderse un metro cúbico de piedra en la forma en que se comer-

cializa, esto es, troceada o triturada en los tres tamaños que antes se han dicho (arena, gravilla y grava, de menor a mayor tamaño de cada fragmento).

Por el contrario, la arrendataria alegaba que la expresión “metro cúbico” debía entenderse por referencia a la forma natural en la que la ofita se encuentra en la cantera, es decir, un metro cúbico no triturado o troceado (o sea, en el *filón*).

La diferencia económica resultante de ambas posiciones era muy notable, puesto que –forzoso es repetirlo– un metro cúbico de ofita no triturada arroja un peso (en definitiva una cantidad de piedra apta para proceder a su trituración) muy superior al de ese mismo metro cúbico, pero ya troceado o triturado. Basta recordar las correspondencias entre volumen y peso que antes he mencionado, resultantes de la prueba pericial practicada. Hemos visto que, por ejemplo, un metro cúbico de “gravilla” pesa 1.360 kilogramos, mientras que, como es obvio, un metro cúbico de ofita “en rama” o no troceada pesa 2.100 kilogramos, como corresponde a la “densidad” de 2,1.

A efectos de determinar cuántos metros cúbicos de ofita se habían extraído de la cantera (en este caso, la palabra “extraído” equivale a la de “sustraído”, puesto que hablamos de la ofita en su estado natural), la arrendataria propuso un sistema muy conocido en el mundo de la minería, en el sentido amplio de la palabra, que consiste en comparar los “perfiles” de la cantera antes de extraerse la ofita con los que tuviera después (21).

Es claro que la tesis de don Atenodor le era ventajosa, puesto que 40 pesetas multiplicadas por metros cúbicos de ofita triturada conducen a una suma mayor que la resultante de multiplicar 40 pesetas por los metros cúbicos de ofita (“en rama”) en los que la cantera había sido “explotada” (en el sentido de disminuida o reducida).

(21) Por cierto, se habría podido *cubicar* (medir el volumen) de la ofita triturada, mediante la sencilla operación aritmética de multiplicar la largura, por la anchura y por la altura de la “cama” –parte del camión destinada a la mercancía–, pero ese sistema no habría permitido, al menos de forma directa, establecer el volumen de la piedra antes de ser troceada.

6. Pruebas practicadas y decisión del tribunal arbitral

1.1. Pruebas

Puestos en la necesidad de encontrar una *intención común*, como corresponde a la acción de interpretar, era patente que la aplicación de la regla básica del párrafo primero del art. 1.281 no llevaba a ninguna parte, porque si bien el término “metro cúbico” es *claro*, usando la palabra del precepto, lo que no resultaba claro –en absoluto– era la determinación de qué ofita había de someterse a esa unidad de volumen: podía tratarse de ofita en estado natural o de ofita triturada o troceada.

Tampoco la regla básica del párrafo segundo del mismo art. 1.281 pudo conducir al tribunal arbitral a una decisión, por así decirlo, contundente o incontestable, pues no existían elementos de juicio que permitieran conocer la *intención evidente* de los contratantes (22). Así las cosas, haber acudido a otra *regla básica*, como es la del párrafo segundo del art. 1.289, habría llevado a un desenlace “sorprendente”: la de que el contrato era nulo. En efecto, era defendible que las “dudas” (por usar la palabra del precepto) recaían sobre el *objeto principal* del contrato (el precio de la ofita extraída). De otro lado, y siguiendo también el texto de la norma legal, “no podía venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad

(22) Antes he apuntado una circunstancia que dio al asunto otra singularidad (otra más); por así decirlo, otra “curiosidad”. Me refiero al hecho de que, producidos los correspondientes interrogatorios, el señor Z., miembro del consejo de administración de “Carreteras y Contratas”, y persona que había mantenido las negociaciones preliminares con don Atenodor, no dudó en ningún momento de que el precio que se estaba negociando y sobre el cual recayó el acuerdo se refería a piedra extraída y puesta a punto para ser comercializada; es decir, triturada o troceada. No obstante, el señor S., gerente de “Carreteras y Contratas”, que sólo había intervenido en el contrato para firmarlo (es decir, a efectos puramente formales), manifestó en el procedimiento que él nunca había pensado en otro criterio que no fuera el de la piedra tal y como se extrae de la cantera, es decir, no triturada. Pero ocurre que, además, como se ha dicho, “Carreteras y Contratas” fue luego *sustituída* en el contrato por “Ofitas de Frúniz”, cuyo representante –ya en el arbitraje– mantuvo la tesis de que el “metro cúbico” se refería a ofita en estado natural. No es necesario decir que “Ofitas de Frúniz” no había intervenido en ninguna negociación con don Atenodor.

de los contratantes”. Por ello, en conclusión, como decía, el contrato habría sido nulo.

Pero el tribunal arbitral, como por otra parte ocurre de ordinario en los procedimientos judiciales, no detuvo su razonamiento en el primer paso del proceso intelectual que entraña la interpretación del contrato (“*no se sabe si las partes tuvieron una intención común, lo que conduce a que esa intención común no existe*”), sino que trató de *deducir* (o *suponer*) lo que las partes habían querido, acudiendo para ello a los criterios hermenéuticos del CC (23).

Para llegar a su fallo, el tribunal arbitral valoró las pruebas que se habían practicado en el procedimiento, en algunos casos por iniciativa o decisión del propio tribunal. Me refiero a ellas en el subapartado siguiente.

1.2. La decisión del tribunal arbitral

En el laudo que puso fin al procedimiento, y limitándome a la cuestión que me viene ocupando, el tribunal arbitral estimó la pretensión de don Atenodor; es decir, aceptó la tesis de que “*metro cúbico de ofita extraída*” significaba metro cúbico de ofita troceada o triturada, que es como se comercializa.

Para establecer la cantidad concreta que la arrendataria debía satisfacer a don Atenodor, el tribunal tomó como referencia el volumen (esto es, cantidad de metros cúbicos) de la ofita que había ido saliendo en camiones desde la instalación trituradora de la arrendataria. Es decir, se trataba de un número concreto de metros cúbicos, lo que en principio habría llevado a una inmediata solución: multiplicar esos metros cúbicos por 40 pesetas.

(23) La regla del párrafo segundo del art. 1.289 (la que conduce a la nulidad del contrato) es, a todas luces, una norma de máximo rigor. No he hecho ningún análisis estadístico al respecto (que por otra parte sería de dudosa eficacia, sobre todo si se limitase a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), ni conozco ningún estudio al respecto, pero creo que se puede afirmar con contundencia que son muy pocos los casos en los que el juzgador resuelve en los términos de la norma en cuestión; es decir, en el sentido de que el contrato es *nulo*.

No obstante, ese posible desenlace no habría sido del todo correcto (evidentemente, no a la luz de supuestas *intenciones* o imaginarias *voluntades*, sino sobre la base de criterios objetivos de “equivalencia”), dado que la ofita había sido triturada por la arrendataria con diferentes criterios de tamaño de cada fragmento. Recuérdese lo antes descrito sobre equivalencias entre volumen y peso de tres tamaños: “arena”, “gravilla” y “grava”. Por eso, lo que el tribunal resolvió fue, para realizar su cálculo numérico, utilizar como referencia (o como multiplicando) un tamaño medio de la ofita triturada; o sea, ni el tamaño más pequeño (la llamada “arena”), ni el mayor (la “grava”).

Como he dicho antes, la regla de la *intención común* no pudo llevar a ningún puerto. Por eso, el tribunal hizo uso de algunos de los llamados “criterios interpretativos”.

En primer lugar, aunque el tribunal fue informado de que el volumen de la piedra “en rama” constituye un criterio normal entre mayoristas del sector, el sistema habitual de establecimiento del precio en la comercialización de la ofita es en función de su peso, estando la ofita ya troceada. Y, en este punto, el tribunal tuvo en consideración que don Atenodor no era un “profesional” en la concesión de explotación de canteras. De hecho, la del litigio era la única de la que era propietario.

En segundo término, el tribunal valoró también la circunstancia de que en el contrato se había acordado con detalle la forma de establecer *el peso* de la piedra extraída por la arrendataria, pero no la manera de establecer el volumen en el que la cantera iba a verse progresivamente reducida o disminuida.

Por otro lado, el tribunal otorgó relevante significado a la declaración del testigo señor Z., que, como hemos visto antes, había sido la persona física que mantuvo las negociaciones con don Atenodor, siendo así que ese señor Z. (que ya no trabajaba ni para “Carreteras y Contratas” ni para “Ofitas de Frúniz”), había ostentado el cargo de miembro del consejo de administración de “Carreteras y Contratas”. Y dicha sociedad “Carreteras y Contratas”, como se recordará, fue la, por así decirlo, *primera arrendataria*, pues luego hubo una cesión de contrato en favor de “Ofitas de Frúniz”.

Por fin, el tribunal arbitral hizo uso del criterio hermenéutico consistente en la llamada “*economía del contrato*”. En este punto, para el tribunal tuvo relieve (adicional) la manifestación pericial de que el

precio de 40 pesetas por metro cúbico de ofita triturada o troceada era –entonces– un precio razonable o *normal* en el mercado de ese tipo de piedra (24).

IV. POSIBLES SIGNIFICADOS DE LA “LIMITACIÓN” IMPUESTA SOBRE UNA FINCA

1. Cuestión *de palabras* y cuestión de conceptos jurídicos

El segundo caso de los dos que he anunciado tuvo también unos caracteres de marcado interés. Al menos, así me lo pareció entonces y me lo sigue pareciendo (25).

Como en el caso anterior, concurría también una *cuestión de palabras* (al menos, la del vocablo “limitación”), pero a la vez (y ésta era la clave de la controversia) había que resolver sobre una rigurosa *cuestión de conceptos jurídicos*. En este último sentido, el conflicto entrañaba un problema estrictamente *dogmático*.

(24) El dato que digo a continuación permite hacerse una idea del significado económico de la controversia. El laudo arbitral condenó a “Ofitas de Frúniz” a satisfacer a don Atenodor la cantidad (redondeando) de 1.600.000 pesetas (con independencia de lo que don Atenodor había cobrado como “precio a cuenta”). De haberse estimado la interpretación de “Ofitas de Frúniz”, un sencillo cálculo aritmético lleva a la conclusión de que la condena habría sido de algo menos de 1.200.000 pesetas. Esta última cifra es producto de una conversión *estimada* (evidentemente, no exacta) en metros cúbicos de ofita en rama de los metros cúbicos (también estimados) de la ofita troceada o fragmentada que había salido en camiones de las instalaciones de “Ofitas de Frúniz”. Aunque, en realidad, lo que el tribunal hizo fue razonar aritméticamente en función de la diferente densidad de la ofita “en rama” (2,1), en comparación con la densidad de la ofita troceada en su medida intermedia; esto es, aquella en la que los trozos o fragmentos se llaman “gravilla”, no “arena” ni “grava”.

(25) Al hilo de aquel asunto, hace ya años que me fue publicado un artículo cuyas referencias son: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (1976). “Servidumbre negativa y obligación de no hacer”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LII, núm. 514, pp. 621-647.

2. Los hechos

1.1. La partición convencional de la herencia de don Venancio

El 12-II-43 falleció don Venancio E. C. (por cierto, persona acaudalada), en estado de casado con doña Rosa, de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, llamados doña Isabel, doña Amelia, doña Rosa, doña María Teresa y don Venancio.

En su último testamento, don Venancio E. C. instituyó a su esposa heredera en el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, y en el remanente de sus bienes a sus cinco hijos, por partes iguales.

En el mismo testamento designó albacea a su esposa, a su hermano don J. y a su hermana política, esposa de don J., doña A. B. L., con facultades normales solidarias. Y contadores partidores, también con facultades solidarias, a los ya citados don J. y su esposa doña A. B. L.

Fallecido don J. antes que don Venancio, doña A. B. L., esposa del primero, llevó a cabo las operaciones particionales, que culminaron en el otorgamiento de la escritura de protocolización del cuaderno particional de 27-V-43.

Con anterioridad al otorgamiento de la escritura particional, en concreto el día 19-V-43, los herederos de don Venancio (su viuda y sus cinco hijos) suscribieron un documento privado que titularon "*Condiciones particulares que convienen entre sí los herederos de don V. E. C. (Q.E.P.D.)*".

En dicho documento, la viuda de don Venancio y sus cinco hijos convinieron en la adjudicación de diversos bienes de la herencia del finado. Se adjudicaron a la viuda doña Rosa ciertos inmuebles, un terreno y la casa número 10 de una lujosa avenida de una localidad residencial próxima a una importante ciudad (la denominada "avenida N").

La casa número 2 bis de la misma avenida se adjudicó pro indiviso a las hijas doña Amelia y doña Rosa.

La casa número 4 de la avenida se adjudicó a las hijas doña Isabel y doña María Teresa (26).

(26) Repárese en que las casas en cuestión tenían numeración correlativa con cifras pares, como corresponde a la parte derecha de una calle.

Lo que importa, a efectos de la controversia que luego se suscitó, es lo que las partes, dentro del referido documento privado, acordaron en relación con la casa número 4. Pactaron lo siguiente: “*Se conviene que esta casa tenga como limitación el no poder edificar en el terreno existente delante de su fachada actual, ni avanzar, por tanto, la línea de ésta sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes, comprometiéndose al aceptar su adjudicación esta condición. Se adjudica proindiviso en el valor en que figura en la testamentaría entre doña I. y doña M. T. de E.*”.

Procede ahora dejar constancia de un hecho que no figuraba en el referido documento privado de partición hereditaria, pero que en su momento, y como luego diré, se juzgó relevante para la resolución del conflicto que, muchos años después, había de suscitarse entre algunas herederas.

Me refiero a la circunstancia de que el pacto antes transcrito (el que establecía la “limitación” de la casa número 4), dijo literalmente que tal “limitación” se aplicaría si no hubiese “*autorización de los demás propietarios de las casas colindantes*”. Una casa colindante, naturalmente, y siguiendo la numeración, era la 2 bis, que, como se ha dicho, se adjudicó a las hijas doña Amelia y doña Rosa. Pero la otra casa colindante, la número 6, era propiedad de doña A. B. L., que, como también se ha indicado, no era sino hermana política de don Venancio y contadora-partidora de su herencia.; es decir, esta señora *no era heredera* de don Venancio y *no suscribió el convenio de 19 de mayo de 1943*.

Pero, volviendo sobre la afirmación de que la realidad supera a la imaginación, y dando lugar a una circunstancia que podría haber enrarecido la controversia arbitral, en 1970, doña A. B. L. vendió esa casa número 6 a don Venancio, hijo y uno de los herederos del llamado también don Venancio; este último era don Venancio E. C., o Venancio padre, de cuya herencia derivó el conflicto que me ocupa.

Entre esos pares estaba la casa 2 bis, que no deja de ser un par. Y cuando hablamos de casas, quiere decir que se trataba de fincas en las que había sendas casas en sentido estricto, que no ocupaban la totalidad de la superficie de la finca respectiva. Debe señalarse también que las casas en cuestión fueron luego objeto de una nueva numeración, aunque se trata de un extremo únicamente relevante a efectos de identificar de forma correcta las tres “casas” cuyos propietarios tenían interés (positivo o negativo) sobre el alcance de la “limitación”.

1.2. Hechos posteriores

Como se ha dicho, ocho días después de otorgarse el documento privado en cuestión, se formalizó notarialmente la partición de la herencia de don Venancio. Y en la escritura pública correspondiente no se hizo alusión alguna a la “limitación” que sobre la casa número 4 se había pactado en el “convenio” del 19 de mayo anterior.

Tiempo después de otorgarse el documento privado del que he tratado en el subapartado anterior, ocurrieron hechos como los siguientes.

La casa 2 bis, que se había adjudicado por mitades a doña Amelia y doña Rosa, hijas de don Venancio, fue objeto de división, adjudicándose a doña Rosa la parte más próxima a la casa número 4 (o sea, la afectada por la “limitación”). De aquí que doña Rosa fuera una de las partes de la contienda arbitral que luego tuvo lugar.

La casa número 4, que como hemos visto había sido adjudicada en la partición hereditaria a doña Isabel y doña María Teresa, llegó a ser propiedad exclusiva de otra doña Isabel, hija de la señora del mismo nombre que era una de las herederas de don Venancio. Lo ocurrido fue que doña María Teresa falleció, siendo adjudicada a su madre doña Rosa, la viuda de don Venancio, la mitad indivisa de la que la fallecida era titular. Con posterioridad, doña Isabel (hablamos ahora de la hija de don Venancio) adquirió de su madre doña Rosa esa mitad indivisa. Al fallecer doña Isabel madre, la finca –según decía antes– pasó íntegramente y en pleno dominio a doña Isabel (hija), que por ello había de ser la otra de las partes contendientes en el procedimiento arbitral.

En consecuencia, cuando se planteó el conflicto las casas tenían las numeraciones y los propietarios que también a continuación se indican (27):

La antigua 2 bis (después 6) era propiedad de doña Rosa, hija y heredera de don Venancio.

(27) Procede indicar las nuevas numeraciones de cada caso, porque eran las vigentes cuando el arbitraje se desarrolló. Cosa que no impidió, naturalmente, que en el procedimiento se citaran las anteriores numeraciones, esto es, las que había cuando se concertó el documento privado de 19-V-43.

La número 4 (luego 8) era propiedad de doña Isabel, hija de doña Isabel (madre) y, por ello, nieta de don Venancio.

La casa número 6 (que luego pasó a ser número 10), era propiedad de don Venancio (hijo), al haberla comprado a su tía doña A.B.L.

1.3. Los acontecimientos desencadenantes del conflicto

El 28-XII-70, doña A. B. L. otorgó acta notarial de manifestaciones en la que, después de referir ciertos hechos relacionados con la herencia de don Venancio E. C., dicha señora decía:

"h) Que a través de las referencias que ha obtenido la compareciente de ese su indicado sobrino (28), en la actualidad la representación de la herencia de doña Isabel E.B. (29) entiende que si bien está obligada a respetar la limitación consignada en el acuerdo privado de 19 de mayo de 1943 en lo que atañe a la finca que pertenece a doña Rosa de E. (30), no ocurre lo mismo con la que fue de la exponente y que ha enajenado a don Venancio de E. (31), ante lo cual, y a instancia de este último, al objeto de que quede clara y fehaciente constancia de lo realmente querido y acordado por unos y otros al establecerse dicho acuerdo familiar de 19 de mayo de 1943, doña A. B. L., aquí compareciente, declara solemnemente por ante la fe del suscrito Notario, además de cuanto hasta ahora ha expuesto:

1.º Que todos los firmantes del acuerdo privado repetido de 19 de mayo de 1943 quisieron referirse en la expresada cláusula del mismo no sólo a la casa que se adjudicó a doña Rosa y doña Amelia de E. B., sino también a la casa contigua por el otro rumbo, que era propiedad de la exponente, pues de otro modo no tendría sentido la expresión del convenio que se refería a "las casas colindantes",

(28) Se refería a don Venancio (hijo).

(29) Recordemos que esta señora era una de las hijas y heredera de don Venancio E. C., y en concreto una de las adjudicatarias de la casa afectada por la "limitación" que nos ocupa. Más tarde, propietaria única.

(30) Es decir, la antigua casa número 2 bis.

(31) Esto es, la casa número 6 antiguo.

debiéndose haber dicho que la limitación sólo operaría a favor de la casa colindante que se adjudicaba en la partición a doña Rosa y doña Amelia de E. B., y no a favor de la propia exponente.

2.º Que el motivo de que el beneficio derivado de dicha limitación llegara también a la casa que era entonces propiedad de la exponente no tuvo en absoluto carácter económico, sino puramente familiar, sin precio o compensación alguna en metálico, pues tratándose de una propiedad de quien era hermana de la viuda de don Venancio de E. C., y viudo a su vez de otra hermana del mismo don Venancio de E. C., y tío de los herederos del mismo, el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieran resultar perjudicadas por la partición las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña Rosa y doña Amelia de E. B.; y que a mayor abundamiento todos los señores E.B., hijos de don Venancio, trataban a la exponente con singular afecto, siendo éste bastante para justificar que operase a su favor la expresada limitación, máxime cuando era lógico que en el futuro fuese a parar su dicha finca a los propios sobrinos indicados o algunos de ellos.

3.º Que la compareciente no fue extraña a la negociación y concierto del convenio privado de 19 de mayo de 1943; antes al contrario, trató con su hermana y sus sobrinos acerca de su contenido y alcance, mostrándoles entonces mismo su aceptación de cuanto en tal convenio privado se expresaba en lo relativo a su dicha finca.

4.º Que una vez logrado el convenio privado antedicho se pudo proceder seguidamente, como ya he expuesto, a la formalización de la escritura de partición del caudal relicto al fallecimiento de don Venancio de E. C., ajustándose estrictamente a las bases consignadas en el acuerdo privado anterior, si bien las limitaciones antes citadas no se llevaron a escritura pública correspondiente por confiar y considerarse por todos que lo acordado en el seno de la familia en el documento privado sería siempre respetado por unos y otros, como si hubiera constado en escritura pública.

5.º Que, en conclusión, la compareciente estima en pleno vigor y efecto cuanto se acordó en tan repetido documento privado y que, en su consecuencia, la finca por ella enajenada últimamente a don

Venancio de E. B. goza a su favor, como derecho anejo a ella, de la servidumbre que se estableció en 1943, sobre la que se adjudicó a doña Rosa y doña Amelia de E. B., pues la exponente, que aceptó en su día el beneficio de la estipulación fijando tal gravamen, no ha renunciado nunca al mismo ni de modo expreso ni de forma indirecta; y que si no había interesado la elevación del documento privado a público para la inscripción registral de la servidumbre fue por considerar que el acuerdo familiar de referencia sería fielmente respetado por todos, dentro, por tanto, de la confianza que en aquel momento concluyó reinando entre unos y otros”.

En síntesis, doña A. B. L., en sus manifestaciones ante notario vino a decir:

— Que ella, como contadora-partidora de la herencia, y cuñada y tía de los herederos de don Venancio, había intervenido en las negociaciones familiares que condujeron a tan repetido documento privado de partición hereditaria.

— Que, en esas negociaciones, se entendió que la palabra “limitación” constituía una servidumbre.

— Que esa servidumbre (de *no edificar delante de la fachada*) se constituyó en favor de las dos fincas colindantes, a uno y otro lado de la casa afectada por la “limitación”. Es decir, en favor de la casa adjudicada a dos hijas del causante don Venancio, y también en favor de la casa de la que era propietaria la propia declarante doña A. B. L., luego vendida por ella a don Venancio (hijo); en el que, como se ha dicho, concurría la circunstancia de ser hijo y heredero de don Venancio (el causante de la herencia).

— Que si los otorgantes del *convenio privado* no habían hecho constar la existencia de una servidumbre cuando, pocos días después, otorgaron la escritura pública de partición de la herencia, fue porque en todos ellos existía la confianza de que la “limitación” iba a ser respetada por las adjudicatarias de la casa afectada por ella (32).

(32) Para un lector no muy familiarizado con el sistema jurídico espa-

Estas manifestaciones de doña A. B. L., efectuadas –como ella misma dijo– a instancias de don Venancio (hijo) obedecían al hecho de que doña Isabel (propietaria de la casa afectada por la “limitación”) albergaba, al parecer, el propósito de vender la finca a un promotor inmobiliario que, por obvias razones de aprovechamiento económico, pretendería construir –en el terreno en el que se situaba dicha casa– un edificio de varias plantas y, además, levantando tal edificio sobre todo el terreno edificable de la finca en cuestión (33). Es decir, “adelantando” la fachada de la posible edificación hasta el límite (legalmente admisible) de la avenida.

Esa posible construcción *intensiva* en la totalidad de la finca habría supuesto un notable desmerecimiento de las casas colindantes por ambos lados, puesto que las privaría en buena parte de luces y vistas al mar, amén del contraste constituido por una construcción “densa” y “moderna”, en relación con dos casas (las colindantes por ambos laterales), por así decirlo, señoriales.

Probablemente *inspirada* por las transcritas manifestaciones de doña A.B.L., y mediante requerimiento notarial de 15-IV-72, doña Rosa (propietaria de parte de la casa número originario 2 bis, luego número 6) pretendió que doña Isabel (dueña de la casa inicialmente número 4, luego número 8) reconociera la existencia de una servidumbre a su favor, siendo predio dominante el perteneciente a la requirente y sirviente el de la requerida.

Doña Isabel rechazó tal pretensión, también por vía notarial.

3. Planteamiento de la controversia y posiciones de las partes

Promovido el arbitraje, las partes mantuvieron las siguientes pretensiones y argumentaciones.

ñol, cumple señalar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio (con matices) de que una servidumbre no tiene eficacia respecto al adquirente de la finca gravada si dicha *carga* no aparece inscrita en el Registro de la propiedad.

(33) La casa, como tal, ocupaba originariamente una parte no muy grande de la finca, de forma que delante de la fachada de la casa existía un terreno muy apetecible a efectos de lograr un volumen de edificación elevado.

1.1. Por parte de doña Rosa, propietaria de una de las fincas colindantes con la afectada por la “limitación”

Doña Rosa E. B. sostenía la existencia de un derecho de servidumbre, convencionalmente constituido y de contenido asimilable al de la servidumbre legal de vistas. De la naturaleza real de esta limitación se llegaba a la conclusión de su duración indefinida. Y se solicitaba la elevación a escritura pública del convenio de 19 de mayo de 1943, con vistas a la inscripción de la servidumbre en el Registro de la propiedad. Los argumentos de doña Rosa E. B. eran, en síntesis, los siguientes:

a) Que el texto del convenio de 19-V-43 refleja claramente el propósito de las partes de establecer una limitación *sobre un inmueble* (un gravamen real) y no una mera obligación entre los firmantes (u obligación personal), sin perjuicio de que, naturalmente, las ventajas derivadas de la limitación jugasen en favor de personas.

b) Que no obstaba a esta tesis el hecho de que no se hubiera pactado expresamente contraprestación económica, pues la servidumbre convencional puede constituirse gratuitamente. Además, la de este caso tuvo como justificación el deseo de equilibrar el valor de los lotes de la herencia de don Venancio.

c) Que tampoco era relevante el hecho de haberse constituido la servidumbre en documento privado, pues se trataba de un acto que no requiere forma *ad solemnitatem*.

d) Que abonaba esta interpretación la que había hecho en acta notarial doña A. B. L., hermana política del testador, contadora-partidora de su herencia y persona, en fin, que había intervenido muy activa y directamente en todas las operaciones que condujeron a la partición de la herencia de don Venancio.

1.2. Por parte de doña Isabel, dueña de la finca afectada por la “limitación”

Doña Isabel B. E., por su parte, entendía que la limitación establecida en el repetido convenio de 1943 no podía merecer la califi-

cación de derecho real de servidumbre, constituyendo, tan solo, una obligación personal asumida por las adjudicatarias de la casa afectada, en favor de sus hermanas y en consideración a los vínculos de parentesco que con ellas les unían. En consecuencia, se alegaba que el meritado convenio tenía alcance limitado en cuanto al tiempo y en cuanto a sus beneficiarios. Por lo que se solicitaba de los árbitros que fijasen en su laudo un límite de duración de la limitación pactada. A tal efecto se sugería el plazo de treinta años a contar desde el convenio, plazo ya expirado cuando la controversia se originó.

Basaba esta parte sus peticiones en los siguientes argumentos: principio de libertad de la propiedad; regla según la cual para que se entienda constituida una servidumbre es preciso que quede claro el propósito de las partes de darle tal carácter; el hecho de que, según afirmaba esta parte, el convenio de 1943 hubiese sido redactado por un acreditado notario, circunstancia que excluía la presunta servidumbre, ya que si esto se hubiera querido, sin duda lo habría manifestado claramente el redactor del documento; y se invocaba, en fin, la extraordinaria y desproporcionada onerosidad resultante de la limitación del caso, citándose, a tal efecto, el art. 1.289 CC.

4. Consideraciones jurídicas

1.1. Formulaciones conceptuales

El nudo del problema quedó, a mi juicio, bien planteado por las partes. Se trataba de determinar si el convenio de 19-V-43, en su estipulación segunda, fue constitutivo de un derecho real de servidumbre, o si, por el contrario, solamente engendró una obligación negativa de no edificar, a cargo de las adjudicatarias de la casa número 4 de la Avenida N., y en favor de “los demás propietarios de las casas colindantes” (34).

(34) Una de las dos partes trajo a colación, en el período de alegaciones, los conceptos de *servidumbre personal* y de obligación *propter rem*. Sin embargo, la alusión no me parece del todo correcta. O, más que correcta, sugerente. Porque, por lo que a la primera categoría se refiere (servidumbre personal), además de ser discutida y discutible su configuración dogmática y por tanto su eficacia, no parece la figura aplicable al supuesto debatido, dado que implica una forma de aprovechamiento de cosa ajena que ni conceptual ni históricamente corresponde a una “limitación” como

La distinción entre servidumbre negativa y obligación de no hacer es una de las más complejas cuestiones que se plantean en técnica jurídica. Es, además, un claro exponente de las dificultades que en un plano superior entraña la diferenciación entre derechos reales y derechos de crédito. Algunas de las objeciones doctrinales que se han emitido contra este último y tradicional binomio encuentran perfecta aplicación en la dualidad que ahora me ocupa. Hasta tal punto es así, que no pocos autores sostienen que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones. E incluso, aun aceptando en un terreno teórico que derecho real y derecho de crédito son cosas diferentes (al menos por razón de sus distintos efectos y de su también diversa reglamentación jurídica en puntos indudablemente importantes), la dualidad *servidumbre negativa-obligación de no hacer* tiene el mérito de mostrar con claridad ciertas incongruencias que resultan de la aplicación tajante de los rasgos que desde siempre se vienen considerando como diferenciales entre derecho real y derecho de crédito. Un ejemplo puede ser, a mi juicio, la distinta actitud que nos imponen ciertos principios técnicos ante el elemento *tiempo de duración* de la relación jurídica. Mientras que aceptamos como indiscutible la perpetuidad de un derecho real (la servidumbre negativa en este caso), nos resistimos a admitir una obligación negativa (la de no edificar de nuestro supuesto) de duración indefinida. De nada nos sirven las posibles semejanzas reales que puedan existir entre dos figuras jurídicas, o la identidad de los

la que me ocupa. Por lo que respecta a la eventual caracterización de dicha “limitación” como una obligación *propter rem*, cabe decir que esta figura, además de ser ajena a nuestra tradición jurídica y a nuestro Derecho positivo, no añadiría nada nuevo a los términos de la contienda aquí planteada ya que, en definitiva, el decir que estamos en presencia de una obligación *propter rem* sólo tendría consecuencias, en su caso, en relación con terceros ajenos al pacto de 1943; y aquí no había tales terceros: recuérdese que don Venancio (hijo), dueño de la casa con el nuevo número 10 (originariamente 6), lo era por haberla comprado a su tía doña A. B. L. en 1970, no por ser heredero de don Venancio (padre); y que dicho don Venancio no fue parte en el arbitraje al que me vengo refiriendo. Para las partes intervinientes en el conflicto, la eventual obligación *propter rem* no tenía otro significado que el de una obligación más, es decir, una obligación normal y corriente, si bien caracterizada por una correlación fáctica (“el deudor es el dueño” - “el acreedor es el dueño”) que en nuestro caso es de todo punto irrelevante.

móviles que hubieran podido impulsar a las partes intervinientes en una y otra. Lo que nos lleva, un tanto apresuradamente, a afirmar que esta concreta obligación asumida por un sujeto no *debe* tener una duración indefinida es el hecho (en definitiva, una sutileza técnica) de haber concluido *con anterioridad* que dicha obligación es *fruto de una relación obligatoria y no de un derecho real*. Luego tendré oportunidad de volver sobre este punto concreto.

En teoría, los criterios distintivos entre los derechos reales y los de crédito perfilan con cierta claridad la fisonomía de las figuras que estamos considerando. La primera, la servidumbre negativa, como derecho real que es, implica un deber de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fundo sirviente; un deber que se transmite con la finca misma a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los necesarios instrumentos de publicidad) y que es, por definición, perpetuo. La obligación negativa, por el contrario, deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a no ser que juegue el mecanismo de transmisión convencional del crédito o de la deuda), y tiene una duración limitada, que a falta de convenio establecerá discrecionalmente el juez.

No obstante, esta distinción trazada en teoría adolece de un apriorismo: el de suponer que sabemos de antemano cuándo un concreto derecho es de naturaleza real y cuándo de carácter obligacional o de crédito. Y tal conocimiento previo –nuestro caso es un ejemplo muy revelador– no siempre se da. Hay, en efecto, supuestos en que el razonamiento debe invertirse: no se trata de aplicar las consecuencias de este derecho real o de este derecho de crédito, sino que el problema consiste en determinar a cuál de las dos categorías corresponde un concreto poder jurídico que la realidad nos suministra.

No hay problema alguno, desde luego, cuando las partes han manifestado *expresamente* que lo que pretenden es la constitución de un derecho real o de uno de crédito. Pero a falta de esta explícita declaración, la calificación jurídica llevada a cabo por un tercero ajeno al pacto resulta tarea muy comprometida. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en nuestro Derecho rigen los siguientes principios: 1) que las partes gozan de absoluta autonomía para dar a sus pactos contenido real u obligacional; 2) que se mueven también dentro de la más amplia libertad a la hora de configurar la relación jurídico-real de servidumbre, pues les basta sujetarse a los rasgos genéricos que a esta figura asigna el art. 530 CC; 3)

que, en virtud del principio espiritualista que domina nuestro sistema contractual, los contratantes no se hallan sujetos a ningún requisito de carácter formal para la constitución de un derecho de servidumbre; 4) que nuestro sistema publicitario en materia de inmuebles no exige, para la válida constitución de una servidumbre, condición alguna de oponibilidad a terceros, ya que puede nacer, existir y extinguirse con plena eficacia *inter partes* aunque no haya apariencia externa o instrumento de publicidad. El deslinde entre servidumbre negativa y obligación de no hacer ha sido frecuentemente tratado por la doctrina. Dentro de nuestra patria, y por ser una de las más valiosas aportaciones, cito la de Díez-Picazo (35).

(35) Díez-Picazo, Luis (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.^a ed., vol. segundo. *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, pp. 287-288. Escribe este autor: “En las líneas anteriores ha quedado apuntada ya la idea de que como consecuencia de una servidumbre cabe que se imponga al propietario de un predio un deber de tolerancia o un deber de abstención. Surge así la difícil cuestión de deslindar, cuando la omisión y la tolerancia se refieren a la utilización de cosas determinadas, entre servidumbre y obligación. La cuestión es ciertamente compleja, porque de acuerdo con la doctrina tradicional la servidumbre constituye un derecho real, mientras que la obligación da lugar a un derecho puramente personal o de crédito. Para superar esta dificultad, algunos autores han señalado que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones, si bien se trata de obligaciones ambulatorias o propter rem. Sin embargo, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que cabe, cuando menos, distinguir dos diferentes regímenes jurídicos. En el primero quedan vinculados únicamente un acreedor y un deudor y, en su caso, los herederos de uno y otro. En el segundo caso, en cambio, quedan vinculados quienesquiera que sean en cada momento propietarios de la finca sirviente en favor de quienes lo sean de la finca dominante. Por otra parte, la obligación negativa, como acabamos de señalar, tiene una duración limitada, mientras que las servidumbres son, por su naturaleza, perpetuas. En principio, es a los interesados a quien compete atribuir a su negocio el alcance de constituir una servidumbre o determinar el nacimiento de la simple obligación, puesto que una y otra cosa dependen de su autonomía (cfr. arts. 594 y 1.255). Sin embargo, a falta de una expresa declaración de voluntad sobre el particular, el negocio deberá ser interpretado como simple obligación, pues así lo impone el principio de libertad de la propiedad. De otra parte, para entender nacido un derecho real, con efectos frente a terceros, será necesario que se dé cumplimiento a los requisitos para ello establecidos en orden a la forma del negocio y a su publicidad (arts. 1.280.1.º, y 606)”. Había expuesto este criterio en Díez-Picazo (1966), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II,

Y entre las extrajeras, una de las más clásicas: la de MESSINEO (36).

Hay opiniones radicales, como las de quienes niegan la distinción entre derechos reales y de crédito, o reducen sensiblemente el número de los primeros, hasta llegar, ciertos autores, a la conclusión de que no hay más derecho real que el de propiedad. Algún autor, aun admitiendo la distinción, niega que pueda aplicarse a los *deberes de no hacer*, que creen deben insertarse en todo caso en el terreno de las obligaciones. Pero la doctrina mayoritaria entiende aceptable la diferenciación conceptual entre servidumbre y obligación negativa. Su argumento fundamental es el respeto a la voluntad de las partes, que también en el caso de los deberes negativos –se dice– es soberana y puede dar a los pactos, por tanto, bien un alcance personal y limitado, bien una eficacia real y absoluta. Los posibles problemas prácticos que pueda plantear el respeto al interés de terceros quedarán salvados mediante los sistemas de publicidad inmobiliaria que el ordenamiento jurídico adopte en cada caso.

En consecuencia, para determinar en un caso concreto ante cuál de las dos figuras jurídicas nos hallamos, es obligada la indagación de la voluntad de las partes descubriendo qué efectos quisieron dar al pacto correspondiente.

Ahora bien, la interpretación de todo convenio cuyo alcance sea discutible ha de basarse, según sostiene la doctrina, sobre la idea

Tecnos, Madrid, p. 232. El autor volvió sobre la cuestión en Díez-PICAZO, Luis (2012), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1ª ed., vol. VI: *Derechos reales*, Civitas, Madrid, pp. 248-249. Desde esa perspectiva de los derechos reales, el Profesor ha escrito: “No resulta fácil distinguir entre la obligación de dejar hacer, que se corresponde con la que en latín se llama *pati*, y la obligación resultante de la prohibición de hacer. Puede señalarse que el gravamen es una sujeción al derecho real que corresponde a la otra parte. Lo que puede admitir algún tipo de disposición entre aquellos supuestos en que el titular de la servidumbre la ejercita mediante su propia actuación, de manera directa en relación con la cosa (p.ej.: pasar, etc.), y aquellos otros casos en los que la actuación del sujeto pasivo se concreta en la prohibición o en la creación de la situación que la servidumbre busca. Así, en la llamada servidumbre de *altius non tollendi* el propietario del fundo dominante prohíbe al fundo sirviente la construcción de un edificio de altura superior a la que esté determinada”.

(36) MESSINEO, Francesco (1949), *Le servitù*, Giuffrè, Milán, pp. 53-54, dentro del *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU, Antonio.

o principio de *libertad de la propiedad*; por tanto, se impone una interpretación restrictiva de los términos del acuerdo que puedan engendrar un gravamen real, y en concreto una servidumbre.

El principio de libertad de la propiedad, que en último término descansa sobre la enfática fórmula del párrafo primero del artículo 438 del Código civil, constituye uno de los pilares de la ordenación legal del dominio. Nuestro régimen patrimonial es manifiestamente enemigo de toda limitación de la propiedad e incluso incompatible con ciertas formas de vinculación perpetua; de esta mentalidad resulta una tendencia doctrinal y jurisprudencial que propugna la interpretación restrictiva que antes mencionábamos, abonada, por otra parte, por una regla hermenéutica de indudable arraigo (*odio-sa sunt restringenda*), que bien puede proyectarse, aunque no sea ese su más adecuado campo de actuación, a la interpretación del contrato.

De hecho, en el laudo arbitral se citó jurisprudencia, ya entonces antigua, de nuestro Tribunal Supremo.

Una sentencia de 1897 había dicho: “...en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre estos extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente...”.

Otra, de 1927, manifestó que “es doctrina legal reiteradamente declarada que toda propiedad se supone libre mientras no se prueba la existencia o constitución legal de servidumbre u otro derecho limitativo del dominical que corresponde al propietario”, por lo que “...al demandado que afirma la existencia de servidumbre como derecho real toca probar la certeza de su aseveración”.

Otra sentencia, de 1964, había dicho: “...Que para la efectividad del gravamen limitativo del dominio se establezca, de manera clara e indiscutible, en armonía con lo que es y significa el derecho real, una acción *erga omnes*...” (37).

(37) Este criterio merece, a mi juicio, alguna consideración, pues creo que su formulación literal peca de exagerada. Parece deducirse de las palabras del Tribunal Supremo que para la existencia de un derecho real, como lo es el de servidumbre, se requiere que las partes que la convienen establezcan de manera expresa una “acción *erga omnes*”, es decir, que explícitamente señalen que el derecho por ellas establecido puede ser ejercitado

Más recientemente, se encuentran otras sentencias del Tribunal Supremo que aluden a la *libertad de la propiedad*, a veces para aplicar tal principio y en otras ocasiones para rechazarlo a la luz de las circunstancias del caso enjuiciado. Así, por ejemplo, las sentencias de 27-VI-86 (núm. 416), 11-XI-88 (núm. 841), 13-XII-2001 (núm. 1164), 22-I-2008 (núm. 38), 16-V-2008 (núm. 343) y 22-XII-2008 (núm. 1218)(38).

1.2. Unas reflexiones personales

Cuando el jurista, ante un caso concreto, intenta llevar a cabo una función de análisis de cualquier figura o institución, examina primero los datos objetivos que tiene a su alcance. Luego reúne o coordina adecuadamente esos datos, hasta descubrir su “naturaleza jurídica”. El siguiente paso del proceso consiste en dar a esa realidad que ante él se presenta un “nombre jurídico”; en verdad, lo que hace es encasillar el supuesto de hecho en alguno de los moldes (meros conceptos) que su propia formación técnica pone a su disposición; son conceptos prefabricados, de una fisonomía más o menos perfilada por obra de la ley, de la doctrina de los tribunales o de la de los autores; así, ante uno u otro supuesto decide, por ejemplo, que esto es una permuta, o una donación por razón de matrimonio, o un derecho de uso, o un legado de residuo, o un caso de acrecimiento. El paso final viene cuando concluye que a este supuesto, dotado de

mediante una acción de tal carácter. Pero no me parece posible aceptar esas palabras de modo literal. Resulta, en efecto, desproporcionado pretender que las partes tengan que hacer uso de un tecnicismo –cual es la mención de la “acción *erga omnes*”– para considerar que sólo entonces han establecido de verdad una figura de carácter real. La acción *erga omnes* es uno de los efectos que resultan de ser un derecho real, y no de otra clase, pero entiendo que no es preciso que los constituyentes tengan que hacer referencia a esta circunstancia, puramente refleja o deducida, para crear válidamente, si así lo quieren, un poder jurídico de eficacia real. Lo que sí parece más aceptable –y esto es lo que constituyó la *ratio decidendi* del fallo– es que la constitución de una servidumbre exija que las partes quieran gravar el predio sometido o sirviente –y así lo manifiesten– de manera perpetua y con independencia de la identidad de los sucesivos dueños de las fincas intervinientes (la afectada por el gravamen y la beneficiada por él).

(38) Fuente: Cendoj.

tal naturaleza jurídica y de tal nombre, le es aplicable esta concreta reglamentación jurídica (regulación *en Derecho*).

Todo este proceso es teóricamente irreprochable. Pero encierra un grave peligro para el jurista: el de que éste, que quiéralo o no no puede desprenderse de su formación (con su algo de deformación) profesional, sienta excesiva atracción por los conceptos y dé a sus razonamientos un desmedido sentido técnico, sin reparar en que ni los conceptos ni la técnica jurídica dominan el discurrir normal de la vida, ni unos y otra pertenecen a la formación y a la cultura del común de los mortales.

En el caso que ahora cito, por ejemplo, el juzgador desarrolla toda su actividad en función de un propósito bien definido: determinar si en la cláusula debatida se constituyó un derecho real de servidumbre negativa o una obligación de no hacer. Pero obsérvese que los dos términos de esta disyuntiva, al igual que los de aquella otra, más amplia, en que ambos tienen su asiento (derecho real-derecho de crédito) son conceptos técnicos que de ordinario no son conocidos –aunque acaso puedan intuirlos– por quienes otorgan convenios del estilo del que ahora me ocupa.

El planteamiento del conflicto, muy parecido a tantos otros que encontramos en la vida real, no deja de ser curioso. En efecto, las partes, debidamente asesoradas por juristas –sus respectivos letrados–, formulan al juez una pregunta en unos términos técnicos que casi con toda seguridad podemos afirmar que ignoraban cuando concertaron el convenio. Le preguntan si lo que *ellas mismas* constituyeron hacía casi treinta años fue un derecho real o un derecho de crédito. Y no es que la cuestión les interese por razones de rigor jurídico, o a causa de una curiosidad de profano, sino que lo que les importa son *las consecuencias* que van a resultar según el juzgador se incline por una u otra calificación. Y aquí es donde se observa esa cierta incongruencia que antes apuntaba, porque resulta que el juzgador, para llegar a la calificación *técnica* exacta (derecho real o derecho de crédito), ha de tener en cuenta, precisamente, *las consecuencias de que los propios contratantes quisieron revestir el pacto que concertaban* (si querían que surtiese efectos a perpetuidad o sólo por cierto tiempo, si pretendían vincularse ellos solos u obligar o beneficiar también, etc.). Por otra parte, como el jurista se ve constreñido por ciertas reglas o principios de carácter exclusivamente técnico-jurídico, bien puede suceder que al llevar a

cabo su análisis desfigure, porque no tiene otro remedio, la verdadera voluntad de las partes. Imaginémonos, por seguir con nuestro ejemplo, que los signatarios del convenio de 1943 hubieran querido que la limitación acordada tuviese una duración indefinida, pero en tanto en cuanto la casa gravada, o la beneficiaria, o ambas a la vez, siguiesen perteneciendo a sus respectivas adjudicatarias o a sus herederos. Esta última circunstancia impediría al juzgador considerar que lo que se convino fue un verdadero derecho real –al quedar descartada explícitamente la eficacia *erga omnes* del pacto en cuestión–, por lo que se vería irremisiblemente abocado a la tesis del derecho de crédito y de la correlativa obligación de no hacer. Pero he aquí que en el terreno de las obligaciones de este tipo (de no hacer) domina el principio doctrinal según el cual no cabe admitirlas por tiempo indefinido o limitado. En su virtud, el juzgador tenderá a hacer uso de la facultad que le confiere el art. 1.128 CC para fijar el plazo de duración de la obligación, y señalará uno concreto, más o menos largo pero siempre en disconformidad con lo que las partes, según nuestra hipótesis, quisieron y manifestaron.

Por lo que hace a nuestro caso, creo que se impone una actitud de suma cautela cuando se trata de declarar la existencia de un derecho de servidumbre, dados los notables efectos que de este derecho real derivan.

No considero necesario, desde luego, que los contratantes utilicen el apelativo técnico de la figura (“servidumbre”), y tampoco que hagan uso de otras expresiones, también técnicas, que induzcan a pensar en ella y no en otra institución. Pueden ser expresiones como las siguientes: “efectos reales”, “efectos o acción *erga omnes*”, o simplemente “derecho real”.

Pero sí estimo obligado pedir que los contratantes describan con suficiente claridad –cualesquiera que sean los términos usados– los rasgos definitorios de esta clase de derecho. En concreto, cuando las partes no utilicen términos técnicos representativos del contenido de la servidumbre, entiendo que es inexcusable la concurrencia de dos requisitos: 1) la voluntad de permanencia o continuidad de la figura constituida; y 2), la pretensión de que el convenio concertado siga desplegando sus efectos aun en el caso de que los predios interesados pasen a manos diferentes de las de los dueños actuales. Y en cuanto a este segundo extremo, todavía cabe, a mi juicio, algún matiz, ya que no es razonable pedir que el individuo medio

haga tan largas previsiones. Lo que a mi entender se precisa y basta para poder hablar de servidumbre es que exista el propósito de establecer una ventaja, no en favor de una persona actual, ni aun de sus herederos, sino en beneficio de una finca, como elemento que contribuye a su enriquecimiento o revalorización material o a su más fácil o cómoda utilización. Dicho de otro modo, entiendo que es necesario que conste de alguna forma la voluntad de las partes de hacer del beneficio que se establece algo inherente al predio favorecido. No es preciso que dicha voluntad sea explícita; puede ser tácita, manifestada a través de una conducta o deducida de hechos concluyentes; pero en todo caso ha de ser una voluntad clara y precisa. A mi modo de ver, sólo es posible aplicar los caracteres típicos de la servidumbre (sobre todo la perpetuidad y su eficacia contra y a favor de quienquiera que sea propietario de una y otra fincas) cuando consta de modo indubitado que los contratantes se representaron estos efectos y consintieron en ellos.

5. Algunos elementos de juicio para la interpretación de aquel “convenio” entre herederos

1.1. Observaciones previas

Vuelvo al caso objeto de análisis. Se trata de descubrir en él, haciendo uso de todos los elementos interpretativos a nuestro alcance, cuál fue el propósito que movió a las partes cuando suscribieron el pacto de 1943. Y como observaciones previas a esta actividad interpretativa creo oportuno formular las siguientes:

a) Como antes he dicho, no podemos orientar nuestra indagación en el sentido de intentar descubrir si los contratantes pretendieron constituir un derecho real, o si, por el contrario, lo que quisieron fue establecer una obligación (que implica su correlativo, un derecho de crédito). Creo, mejor, que lo que se ha de preguntar es el alcance temporal que las partes quisieron dar a la “limitación” acordada (si había de mantenerse por poco tiempo, o por mucho, o para siempre); del mismo modo, será necesario saber si las partes tenían conciencia de que el pacto sólo obligaba o beneficiaba a ellas mismas, o si, en otro caso, tenían la convicción de que la limitación había de ser soportada por quien fuera propietario en cada momen-

to y en beneficio de los dueños de las fincas colindantes, quienesquiera que éstos fuesen.

b) En segundo lugar, y en aplicación de las palabras del art. 1.281 CC, hay que notar que en este caso, a mi entender, los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes. En efecto, éstos expresan con gran precisión lo que quieren: que las adjudicatarias de la casa número 6 no construyan por delante de la línea de la fachada del edificio sin autorización de los dueños de las fincas contiguas. La “limitación de no edificar” está más que suficientemente representada. Pero sobre lo que *sí* hay oscuridad en los términos, y por tanto, dudas acerca de su interpretación, es sobre la *total* intención de las partes: no queda expresado suficientemente el alcance temporal y el radio de acción o eficacia que se pretende dar a dicha limitación.

Hago esta observación porque el art. 1.282 CC y la cardinal regla interpretativa que en él se contiene (primacía de la intención sobre las palabras) parecen estar animados por la idea de una contradicción o incompatibilidad entre intención y palabras usadas (“si las palabras parecen *contrarias...*”). Pero no se alude al supuesto de que las palabras reflejen la intención, *pero no toda ella*.

En nuestro caso se trata de buscar una intención en parte no expresada, pero en ningún caso incompatible o contradictoria con la que sí se explicitó.

c) En último término, creo obligado manifestar que, después de haber utilizado los diversos medios interpretativos, llego a la personal convicción de que las partes, al suscribir el convenio de 1943, probablemente ni siquiera se plantearon –ni en su fuero interno ni externamente– las preguntas que ahora decimos que son fundamentales, visto el caso desde fuera y transcurrido ya un muy largo plazo.

En efecto, como en tantas otras ocasiones el intérprete corre el riesgo de poner en la intención, si no en la boca, de los contratantes, ideas, propósitos o designios ajenos a la representación de las cosas que aquéllos tuvieron *in mente* en el momento de contratar.

Supongamos, al menos como hipótesis aplicable a nuestro caso, que los firmantes no ya no se hubieran planteado *entre sí* (por tanto, de forma exteriorizada) la cuestión relativa a la duración y alcance

personal de la limitación convenida, sino que incluso ni siquiera se hubieran planteado *a sí mismos* tales preguntas cuando suscribían el convenio.

Caben por tanto, y así debe pensarlo el intérprete, dos primeras posibilidades: 1) que los contratantes llegasen a un acuerdo unánime sobre los extremos que ahora nos ocupan, y que sin embargo no manifestasen expresamente tal acuerdo; en este caso, la función interpretativa lo es en un sentido puro y propio, pues lo que intenta es llegar a saber cuál fue aquel acuerdo; 2) la otra posibilidad es la de que los contratantes no se hubieran planteado o hecho cuestión de aquellos extremos, en cuyo caso ha de ser el juzgador quien integre aquella “laguna del contrato”; pero obsérvese que en esta segunda alternativa no podemos decir con rigor que la función del juzgador sea la de interpretar el contrato (considerado como concurrencia de consentimientos), ya que vana sería su pretensión de hallar una voluntad que por hipótesis no ha existido; más bien diríamos que en este caso el juzgador lleva a cabo una “integración objetiva” del contrato, entendido ahora éste como regla u ordenación de comportamientos para un futuro más o menos dilatado.

Y aún es posible una tercera hipótesis: la de que los contratantes se hubieran planteado internamente en el momento de contratar las preguntas o extremos que ahora se ofrecen ante nosotros (duración y extensión de la limitación), pero que se las hubieran resuelto a sí mismos (sin salir por tanto de la esfera de su interioridad) de forma distinta. Por ejemplo, creyendo o dando por supuesto las adjudicatarias de la finca afectada por la limitación que ésta sólo les obligaría mientras viviesen las adjudicatarias en las casas colindantes, o mientras se mantuviera la configuración de estas últimas, o hasta que dejasen de surtir efectos otros acuerdos insertos en el convenio de 1943, etc. Y, por el contrario, dando por supuesto las beneficiarias de la limitación que ésta duraría por siempre, siendo un factor ventajoso de su propiedad y por tanto inherente a ella, indiferente a los posibles cambios de titularidad en el dominio de la finca gravada y, en consecuencia, susceptible de aprovechar también a cualquier futuro dueño de sus propias fincas.

En esta tercera hipótesis, y en base a una concepción voluntarista del contrato, habría que afirmar que la estipulación que estoy comentando fue nula, por no existir coincidencia entre las voluntades de ambas partes. Las dos quisieron contratar, pero persiguiendo

cada una de ellas una cosa distinta en extremos de capital importancia –por lo que se refiere al punto concreto de la “limitación” impuesta sobre una de las fincas–: una quería que fuese perpetua ventaja para su propio inmueble, y la otra sólo pretendía quedar obligada para con los demás contratantes y en todo caso por tiempo limitado.

Dentro todavía de este tercer supuesto imaginario, y a pesar de mi primera afirmación, se hace difícil sostener la tesis de la nulidad de la cláusula debatida. En primer lugar, porque cualquiera que fuese la representación que a sí mismas se hicieran las partes sobre la duración y alcance de la “limitación” en el momento de convenirla, lo cierto y evidente es que quisieron implantarla, observación que nos remite a la facultad integradora que en favor del juez establece al art. 1.128 del CC. En segundo término, porque la nulidad de esta particular cláusula podría conducirnos fácilmente a la tesis de la nulidad de todo el convenio de 1943, con sólo entender que el pacto por el que se establecía la limitación sobre aquella finca era “objeto principal del contrato” o uno de sus objetos principales (en aplicación del párrafo segundo del art. 1.289 CC).

1.2. Criterios hermenéuticos que el caso sugiere

En primer lugar, llama la atención la fecha del documento, que puede ser muy significativa de los propósitos que sus firmantes albergaban al suscribirlo. Se convino el acuerdo el 19-V-43, sólo ocho días antes de la formalización notarial de las operaciones particionales de la herencia de don Venancio. La proximidad de las fechas hace pensar que el cuaderno particional estaba ya redactado cuando se firmó el documento que me ocupa, y su propio encabezamiento (“Condiciones particulares que convienen entre sí...”.) induce a suponer que lo que los contratantes pretendieron con él fue ordenar de un modo satisfactorio para todos ciertos aspectos referentes a la utilización o explotación de los bienes constitutivos de la herencia de don Venancio. Pero se trata de aspectos o cuestiones de carácter más bien secundario, pues se ve que lo fundamental, las adjudicaciones de bienes, habían sido ya acordadas con anterioridad. Son además cuestiones que podríamos llamar perecederas o de corto alcance. Pensemos, por ejemplo, en el señalamiento de rentas o en el pacto sobre la forma de pagar al chófer jubilado. Parece, en

suma, que se está considerando el estado *actual* de las cosas y un futuro muy próximo, nada más. Todo ello, por supuesto, referido al momento en el que el pacto se firmó.

Por otra parte, del tenor literal del convenio no se extraen conclusiones contundentes. La redacción del debatido párrafo segundo del apartado segundo, así como su sentido dentro del contexto de todo el documento, autorizan a sustentar una y otra tesis.

Existen en la redacción literal del convenio ingredientes de sentido *preponderantemente* obligacional (“*condiciones* particulares que convienen...”, “sin autorización de los demás propietarios”, “*comprometiéndose* al aceptar su adjudicación esta *condición*”). Tiene, en cambio, apariencia de figura jurídico-real la expresión “que esta casa tenga como *limitación*”, que encabeza el párrafo discutido, si bien es cierto que esta última frase y su alusión a “la casa” pueden entenderse como mera referencia indirecta a los adjudicatarios de la misma, que resultan designados después de enunciarse la limitación, no antes.

También puede tener algún significado para el intérprete, ocupado en la difícil misión de hallar una *verdad que nunca sabrá con certeza si lo fue en realidad*, el hecho de que la limitación discutida no se introdujo en las operaciones particionales de la herencia de don Venancio. Esta circunstancia no basta, desde luego, para negar eficacia real al pacto de que vengo tratando, pero sí puede ser, a falta de otras pruebas, un indicio revelador de que lo que las partes quisieron al establecerlo no fue sino asegurarse de que el cambio de titularidad de la casa número 4 (cambio resultante de la misma partición hereditaria) no iba a afectar a la configuración del solar en que se hallaba sita; en otras palabras, de que sus adjudicatarias no iban a perturbar las luces y vistas de las que ya entonces venía gozando la casa número 2 bis. Pero no creo que del pacto en cuestión se hubiera querido hacer un instrumento de cambio de la condición jurídica del inmueble (de libre, convertirlo en gravado), ya que este propósito debió haber tenido entonces unas consecuencias suficientemente gravosas para justificar su inclusión en el cuaderno particional de la herencia, llamado a ser inscrito en el Registro de la propiedad (39).

(39) La alegación de que si no se formalizó notarialmente aquel pacto (y con ello la pretendida servidumbre) fue por razones de confianza fami-

Habría sido interesante saber si, como alegó una de las partes, el “convenio” fue redactado por un notario (desde luego, habría sido fuera de su condición de fedatario). Se trata de un extremo que no quedó acreditado. Pero, de haber sido así, se robustece la tesis de que no se constituyó una servidumbre, pues ese presunto autor habría puesto en conocimiento de los firmantes (con arreglo a la lógica) la notable diferencia entre un derecho real de servidumbre y una mera *obligación*.

Merece atención, también, la opinión que doña A. B. L., contadora-partidora de la herencia, expresó en el acta notarial de 28-XII-70. Una de las partes contendientes, en concreto la que sostuvo la tesis del gravamen real, puso el acento en el criterio manifestado por dicha señora. Pero su testimonio, con ser muy respetable, no parece suficiente para crear una cabal convicción de que, en efecto, los contratantes quisieron atribuir a su convenio las consecuencias que resultan de un derecho real. Cuando dicha señora habló, en un único lugar, de servidumbre y de inscripción registral, se refería a su apreciación personal acerca del alcance de la figura controvertida, pero no aportó dato objetivo alguno que permitiese llegar a la convicción de que su parecer fuera también el de los contratantes(40).

Por otro lado, es muy significativa la circunstancia de que al convenir la limitación se dijese que los dueños de la casa afectada no podían avanzar la línea de su fachada “sin autorización de los demás

liar, no parece muy estimable cuando una de las partes la contradice; sobre todo, si se tiene en cuenta que en el cuaderno particional sí se recogieron otras limitaciones (“un derecho de luces y vistas” y un derecho de paso de vehículos en la zona limítrofe entre las casas 2 y 2 bis), generadoras de dos derechos –sobre todo el segundo– de un contenido económico y de una onerosidad muy inferiores a los que hubiera deparado una servidumbre sobre la casa número 4 (aun teniendo en cuenta la mentalidad y el valor del suelo de aquel entonces).

(40) Recordemos que la referida doña A. B. L. no fue parte en el convenio de 19-V-43; y, aunque no fuera extraña a él, e incluso aunque pudiera haber intervenido en su preparación, lo cierto es que de aquel acuerdo sólo surgió una estipulación en su favor, acordada por motivos de afecto familiar y sin contraprestación alguna por su parte. Y a pesar de que su ulterior aceptación le legitimó (art. 1.257, párrafo segundo, CC) para exigir el cumplimiento del pacto, es obvio que su pretensión no podía exceder en ningún caso del exacto contenido de la limitación que se estableció sobre la casa

propietarios de *las casas colindantes*”. Las casas colindantes eran la 2 bis y la 6 (en numeración de entonces: luego, la 6 y la 10); la 2 bis formaba parte de la herencia y fue adjudicada a dos herederas; la 6, en cambio, pertenecía a doña A. B. L., la referida señora contadora-partidora, que por tanto no era heredera. Llama la atención, por ello, que en el pacto se estableciese la limitación en favor de los dueños de las *dos casas colindantes*. Habría sido comprensible que las herederas, cuyos intereses se hallaban en juego en el convenio, hubieran acordado la limitación sólo en su provecho; es decir, que las herederas adjudicatarias de la casa número 4 aceptasen la limitación en favor de las adjudicatarias de la casa colindante número 2 bis, que eran también herederas y firmantes del pacto; no se comprende, en principio, que también se hiciese acreedora del beneficio a la dueña de la casa número 6, que en rigor era una extraña al convenio, aunque fuese una contadora-partidora de la herencia y cuñada del causante. Este detalle mueve a pensar que el discutido convenio debía entenderse inserto en el marco de un mero acuerdo entre familiares, llamado a surtir efectos mientras esas mismas circunstancias familiares se mantuviesen, y, por tanto, carente de la perpetuidad y del carácter absoluto que califican a un derecho –y correlativo gravamen– real.

De no ser así, es decir, si estuviésemos en presencia de un verdadero derecho real, no se encuentra sentido al hecho de que la dueña de la casa afectada tuviese que soportar el gravamen en favor de un hipotético propietario de la casa que entonces pertenecía a doña A. B. L., y que fuese absolutamente ajeno a la familia; por ejemplo, un tercero a quien A. B. L. hubiera vendido su inmueble. La hipótesis es todavía más chocante si se piensa que los dueños de la casa 2 bis podían haber renunciado, por su cuenta y con independencia de aquel imaginario propietario de la casa número 6, a la ventaja resultante de la existencia de la “limitación” debatida.

La parte que sostenía la tesis de la servidumbre invocó también la escritura de 21-VI-47, por la que la entonces dueña de una mitad indivisa de la casa número 4 vendía su parte a la propietaria de la

número 4, que es precisamente lo que se debatía. El mismo hecho de ser la declarante parte interesada en la cuestión discutida privó a sus palabras de la presunción de objetividad que habrían merecido en otro caso.

otra mitad, doña Isabel (41). Pues bien, en dicha escritura de venta la vendedora “hace constar que según convenio con los dueños de las fincas colindantes... la edificación que existe en la finca no se puede adelantar más hacia la Avenida N, para no privar de luces y vistas a las otras dos fincas con las que, como se ha dicho, colinda por el este y el oeste la aquí descrita...” (42).

(41) Recordemos que la casa en cuestión –la afectada por la “limitación”– fue adjudicada por mitades indivisas a dos de las hijas del causante, concretamente a doña María Teresa y a doña Isabel. Falleció pronto la primera, y su dominio pasó a manos de su madre y única heredera, doña Rosa. Esta última, por medio de la referida escritura de 1947, vendió su participación en la propiedad de la casa a la otra condueña, su hija doña Isabel.

(42) Sin embargo, considero que este hecho no aporta ningún argumento concluyente, ya que lo único que de él se desprende con certeza es que la vendedora de la mitad indivisa (esposa del causante, madre de la compradora y firmante como esta última del convenio de 1943) se consideraba vinculada por la “limitación” establecida en dicho convenio. Es probable que la misma vendedora juzgase que la compradora también se hallaba sujeta por la “limitación” –cosa que no tiene nada de extraño si se piensa que dicha compradora se hallaba afectada por ella desde un primer momento, ya que en el repetido convenio se le adjudicó directamente una mitad de la casa en cuestión–, pero ni por un motivo ni por otro encuentro argumentos para sostener que la vendedora, o la compradora, o las dos a la vez, creyesen hallarse sujetas por un gravamen de las características de un derecho real. Lo único que explícitamente reconocen es que existe una “limitación” en favor de los dueños de las casas colindantes (se vuelve a repetir el plural de “casas”, no “casa”), pero esto no constituye ninguna novedad, supuesto que nadie negó la autenticidad del documento de 1943, y supuesto también que lo que se discutía en el arbitraje era el alcance o significado jurídico de tal “limitación”. Que las partes firmantes de la escritura se refiriesen a ella dándole el equívoco nombre que se le dio en el convenio de 1943 (el de “limitación”, precisamente) no debe extrañarnos, si se tiene en cuenta que el referido convenio era todavía –entonces– muy reciente: la escritura que menciono es de 1947. A mi juicio, esta interpretación se ve refrendada por el hecho de que en la misma escritura (de 1947), y en el capítulo de “cargas” se dijese: “Sólo afecta a la finca la limitación que se ha expresado a seguido de su descripción” (es decir, la de no poder adelantar la fachada, etc...). Estimo que no es ésta la mención característica de una servidumbre, máxime si se tiene en cuenta que aquí interviene ya

6. Decisión del laudo

El laudo arbitral concluyó diciendo: *“...estimamos que las partes, si bien dejaron claro el propósito de la ‘limitación’ del caso, no la describieron con esos caracteres de perpetuidad y eficacia contra y en favor de terceros que son naturales en un derecho real, y quizá más tratándose de una servidumbre. En resumen, nos vemos forzados a extraer una conclusión negativa, muy poco satisfactoria por cierto pero única a nuestro alcance: la de que la limitación acordada no tiene ni en su origen, ni en su formulación, ni en su contexto histórico, los rasgos típicos de un derecho real de servidumbre. La falta de una deseable claridad en el pacto de 1943, conciliada con postulados constantes en la doctrina y en la jurisprudencia, nos lleva a concluir que estamos ante una obligación negativa, con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan”*.

Pero, además, era necesario que el laudo estableciese la duración de la “limitación” del caso, no sólo por exigencias dogmáticas (por tratarse de un derecho de crédito), sino porque, al no establecer los firmantes del “convenio” un plazo indefinido de duración, ni un tiempo limitado y concreto, había que suponer –con arreglo a los criterios que resultan en la observación del normal proceder humano– que las partes que suscribían el convenio lo hacían proyectándolo en función de sus propias vidas, es decir, pensando en ellas mismas y en las de los demás que participaban en el pacto. Por ello, en aplicación de la obligación que impone al juez el art. 1.128 CC (establecer un plazo de duración), el laudo dispuso: *“A nuestro juicio, y como antes decíamos, un buen criterio puede ser el de mantener la vigencia de la obligación mientras dure la vida de los firmantes del convenio, acreedores y deudores, según los casos, de las obligaciones que en él se establecieron. No por un pretendido carácter vitalicio de los derechos allí surgidos, sino en atención al pensamiento –válido a falta de otro mejor– de que los contratantes acordaron las diferentes estipulaciones en función de la identidad y circunstancias de cada uno de ellos. Esta reflexión hace que, al menos, no sea exagerada la decisión de mantener en pie aquellas*

un notario autorizante y que en la práctica notarial existen fórmulas muy claramente representativas de lo que es y significa un gravamen de carácter real.

cláusulas durante la existencia de todos los que las convinieron. Fallecidos todos ellos, o al menos los beneficiarios de cada una de las singulares estipulaciones y los obligados por ellas, puede entenderse que los respectivos derechos y deudas han de quedar definitivamente extinguidos”.

V. RECAPITULACIÓN: ARGUMENTOS PARA FORMULAR CONCLUSIONES

Decía en el apartado introductorio de este trabajo que, por exigencias del razonamiento, era oportuno dejar para el final algunos argumentos encaminados a sostener lo que la presente aportación propone. Es decir, que es muy sutil la línea que separa una interpretación en la que el juzgador puede superar las “dudas” sobre la *intención común* de los contratantes, de aquella otra en la que el juez llega a la conclusión de que esa *intención común* “no puede ser conocida”.

1. ¿Qué es el “objeto principal del contrato”?

1.1. Algunas opiniones de la doctrina

Procede recordar las dos reglas que contiene el art. 1.289. Primera regla: cuando “*absolutamente fuere imposible*” resolver las dudas interpretativas mediante la aplicación de los criterios hermenéuticos de los arts. 1.282 a 1.288, y esas dudas recaen sobre *circunstancias accidentales del contrato*, se resolverá, si el contrato fuere gratuito, en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. La segunda regla dispone que si las dudas recaen sobre el *objeto principal del contrato* (y el texto legal dice enfáticamente: “*de suerte que no pueda venirse sin conocimientos de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes*”), el contrato será nulo.

Repárese en que la segunda de esas reglas, formulada gramaticalmente de manera negativa, presupone –*a sensu contrario*– que los criterios interpretativos de los arts. 1.282 a 1.288 *pueden servir* para llegar al conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes.

Esta última apreciación lleva consigo, a mi juicio, la notable carga de “suposición” (o de entelequia) que supone cualquier interpretación judicial del contrato; esto es, un desenlace que no sea concluir que el contrato es *nulo*.

Dada la abismal distancia que existe entre que el juez declare cuál fue la intención de los contratantes y la de que, por el contrario, manifieste que no hubo ninguna *intención común*, el *quid* de la cuestión reside en determinar el significado de la expresión “*objeto principal del contrato*”.

A este respecto, me permito resumir algunas opiniones doctrinales.

Entre los autores de mediados del siglo pasado, no era infrecuente que la doctrina, al referirse al art. 1.289, se limitase a remitirse a los artículos precedentes, pero sin ahondar en el significado de “*objeto principal*”. Así, en CASTÁN, autor de referencia en aquella época (43).

Poco después, se encuentra una opinión de interés en LACRUZ BERDEJO (44). Consideró que por “objeto principal del contrato” ha de entenderse la “causa” del art. 1.272: aquella sobre la cual convergen las voluntades de las partes y que representa el tipo contractual. Añadía el autor: “*La nulidad se produce únicamente cuando el desconocimiento de la 'intención o voluntad de los contratantes' acerca de la 'causa' persiste tras la aplicación de los recursos interpretativos de los artículos precedentes, y entonces es absoluta y sui generis, en cierta relación con el negocio incompleto*”. Se trataba de una opinión original, puesto que la doctrina es unánime al considerar que los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. El art. 1.261 CC dice: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca*”.

(43) CASTÁN TOBEÑAS, José (1958), *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed., tomo tercero: *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus, Madrid, pp. 429-430. El autor, en el epígrafe, se limitó a aludir a la “equidad contractual”, quizá para expresar que el precepto examinado tiende a un desenlace de “equivalencia”, pero sin más análisis. Existen varias ediciones posteriores de la obra.

(44) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et alii* (1987), *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, p. 294. Existen ediciones posteriores.

Se advierte, pues, que, según el precepto que acabo de mencionar, el objeto y la causa del contrato se diferencian con claridad. Por eso, es posible que, al interpretar las palabras “objeto principal”, del art. 1.289, Lacruz Berdejo atribuyera al vocablo “objeto” uno de los significados de nuestro Diccionario; en concreto, el que dice que es *“fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”*. Dicho de otro modo, probablemente el autor se apartaba del significado que la palabra “objeto” tiene cuando nos referimos a los elementos esenciales de un contrato (45).

Opinión parecida se encuentra en LÓPEZ Y LÓPEZ (46). Escribió: *“Creo que también aquí objeto hay que entenderlo en el sentido de fin, fin principal del contrato, que no es otro que la causa en sentido objetivo. Ello equivale a decir que circunstancias accidentales son todas aquellas que no afecten a la consecución del fin que el ordenamiento jurídico predispone para el contrato puesto en vida por los interesados”*.

JORDANO BAREA opinó que la expresión “objeto principal del contrato” equivale a los elementos esenciales del contrato (47). Dijo: *“Por el contrario, en el supuesto de dudas sobre extremos o elementos esenciales del contrato (objeto y causa) que imposibiliten la reconstrucción del consentimiento contractual –el cual, precisamente, recae sobre ellos (cfr. art. 1262)– el negocio será radicalmente nulo o inexistente (arg. ex art. 1261 a contrario sensu). Aquí la intención o voluntad común de los contratantes, imposible de alcanzar, tendrá una función o eficacia puramente negativa”*. Se observa, pues, que en este caso el autor, al referirse al “objeto”, lo entiende en el

(45) La misma expresión que la de la 2.^a ed. de la obra de LACRUZ BERDEJO fue adoptada por RAMS ALBESA, Joaquín (1994), en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et alii*, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 3.^a ed., tomo II, vol. 1.º, *Parte General. Teoría general del contrato*, José María BOSCH, Barcelona, p. 528.

(46) LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1995), comentario al art. 1.289, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia, 2.^a ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, tomo XVII, vol. 2, p. 73.

(47) JORDANO BAREA, Juan B. (1991), en el comentario al art. 1.289. Dentro de *Comentarios del Código civil*, directores PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II, p. 518.

sentido propio de la teoría general del contrato, esto es, como un concepto distinto de la causa (48).

El “*objeto principal*” del contrato se identificó de nuevo con la causa por parte de ALMAGRO NOSETE (49). Escribió: “*La segunda hipótesis contempla la imposibilidad interpretativa, pero referida al ‘objeto principal del contrato’, empleado este concepto, según entiendo, como la causa del contrato. En este caso, dada la gravedad de las dudas que afectan a la esencia del contrato, el legislador, de manera redundante, advirtiendo sobre la importancia de la sanción (‘de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o voluntad de los contratantes’), decreta la nulidad del contrato. La nulidad del contrato es, desde luego, la única consecuencia a que puede llegarse, puesto que lo que hay es una mera apariencia de contrato al no poder concretarse uno o varios de esos elementos esenciales. Se trata, por tanto, de nulidad radical o inexistencia*” (50).

En el Sistema de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (51), los autores interpretan “*objeto principal*” como “*la finalidad que las partes se propusieron alcanzar*”.

El Profesor ALBALADEJO, apartándose radicalmente de la estructura de nuestro Código, e incluso de sus *conceptos* (puesto que en él no existe una disciplina del negocio jurídico, ni del acto jurídico, y ni siquiera de la declaración de voluntad), “extrae” el estudio de la interpretación (así como el de la *integración*) del lugar en el que la doctrina lo sitúa habitualmente; es decir, en la teoría general del contrato. ALBALADEJO opta por “construir” una teoría general del negocio jurídico, que es donde coloca el concepto de *interpretación* (52).

(48) En el lugar citado de aquel trabajo, pocos renglones antes, el autor había escrito: “*Diverso tratamiento tienen las dudas sobre los elementos accidentales del contrato (condición, plazo, modo) que cuando éstas versan sobre puntos o elementos esenciales (objeto y causa)*”.

(49) ALMAGRO NOSETE, José (2006), Comentario al art. 1.289, en *Comentario del Código civil*, coordinador SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, Bosch, Barcelona, tomo 6, pp. 755-756.

(50) El autor, al referirse al problema que me ocupa, utilizó el epígrafe de “*límites del principio de conservación del contrato*”.

(51) DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio (2012), *Sistema de Derecho civil*, 10^a ed., vol. II, tomo 1, Tecnos, Madrid, p. 80.

(52) ALBALADEJO, Manuel (1996), *Derecho civil*, I (*Introducción y parte general*), vol. 2.º (La relación, las cosas y los hechos jurídicos), 14.^a ed., José María Bosch, Barcelona, pp. 343-363. Por eso, la interpretación no se

Al referirse al art. 1.289, que ahora me ocupa, ALBALADEJO dijo que el párrafo segundo de dicho precepto “*no se refiere a la interpretación, y ni siquiera dispone el sentido que habrá de atribuirse a la declaración, sino que se limita a decretar la nulidad de ésta por ininteligible*” (53).

1.2. Interpretación propiamente dicha e *interpretación integradora*

No es necesario (ni ahora oportuno) extenderse sobre la distinción entre *interpretación* e *integración* del contrato.

Acudiendo otra vez a la autoridad de Díez-PICAZO (54), considero muy convincente su criterio de distinguir, incluso en la estructura de su obra, entre lo que constituye la interpretación del contrato de lo que él denomina “*la reglamentación contractual*”, tema que incluye dentro del más amplio sobre “el contenido del contrato”.

Al referirse precisamente a la *reglamentación contractual*, el autor desarrolla el concepto de *integración del contrato*. Con fundamento en el art. 1.258 CC (cuyo texto he citado en el apartado 1 de esta ponencia y que está *fuera* de los preceptos que el CC dedica a la interpretación), el Profesor escribe: “*Se puede hablar, entonces, de una integración del contrato, para aludir a la objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, atendiendo a cada una de las fuentes de que las diferentes reglas contractuales pueden proceder. Esta construcción se realiza objetivamente y no es, por consiguiente, una reconstrucción que se haga a partir de o como desarrollo de la voluntad contractual. En este sentido, como ha señalado acertadamente Rodotà, no es exacto hablar de lagunas del contrato, utilizando un paralelismo, dudosamente oportuno, con los problemas de las lagunas de la ley. El contrato no se integra porque las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata de una objetiva ordenación de la*

encuentra en el lugar que podría esperarse: ALBALADEJO, Manuel (2011), *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, 14.^a ed., Edisofer, Madrid.

(53) ALBALADEJO, Manuel (1996) 350.

(54) Díez-PICAZO, Luis (2007) 429.

relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes”.

No obstante, otra muy autorizada voz de nuestra doctrina desarrolla el concepto de *integración* del contrato inmediatamente después del de *interpretación*. Así, en LACRUZ BERDEJO (55). Considero de interés reproducir las primeras palabras de este autor al tratar sobre la *integración*:

“Sin haber una frontera rígida, sí hay una clara distinción entre interpretación e integración, dirigida la una a discernir las dificultades de expresión de la voluntad de los contratantes, y la otra a resolver las planteadas por la falta de voluntad (y de norma legal) relativamente a un problema concreto. La tarea de la interpretación, de determinar el alcance de la voluntad de los contratantes, es una parte del cometido más complejo de discernir la entera virtualidad del contrato, producto éste de la interacción de la voluntad, las leyes, y las otras fuentes de integración del arreglo de intereses convenido entre las partes” (56).

Pero ha de advertirse a la vez que el propio Díez-Picazo, después de desarrollar los llamados “criterios interpretativos”, hace referencia a un concepto que podría denominarse “mixto”, como es el de “interpretación integradora”.

Esta última noción fue propuesta en nuestra doctrina por VATTIER (57). El autor comenzó su análisis diciendo: *“Al estudiar el tema de la interpretación del contrato nos hemos encontrado con la idea sorprendente de que la interpretación integrativa o integradora –denominación por la que optamos– es, para algunos, irrelevante en nuestro Derecho, y queremos salir al paso aquí a esta idea que nos parece tan inexacta como incongruente con los datos de nuestro Código civil. Recordemos que la doctrina moderna ha identificado, al*

(55) LACRUZ BERDEJO, José Luis (1987) 296-304.

(56) Al tratar sobre la *integración* del contrato, el autor denomina “heterointegración” a la consistente en aplicar el ya citado art. 1.258, que remite –como hemos visto también– a la buena fe, al uso y a la ley.

(57) VATTIER FUENZALIDA, Carlos (1987), “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo XL, fascículo I, enero-marzo, pp. 495-524.

lado de la clásica distinción de la interpretación subjetiva y objetiva, categorías nuevas, y se suele hablar, aparte de la calificación, de interpretación propia, verdadera o estricta, de integración y, en fin, de interpretación integradora”.

Al terminar su exposición, VATTIER afirmó que una mirada rápida a la jurisprudencia permitirá comprobar la virtualidad práctica de la interpretación integradora, pues los tribunales, al interpretar el contrato, no sólo despliegan su contenido implícito y determinan sus efectos, sino que llegan, incluso los nuestros, hasta a modificar lo acordado por los contratantes.

En ese lugar, VATTIER, después de un resumen de las doctrinas inglesa y francesa, mencionó, en apoyo de su tesis, algunas sentencias del Tribunal Supremo (58).

La tesis de Vattier fue recogida en la doctrina posterior. Por ejemplo, en Díez-PICAZO (59), que, no obstante, formuló sus reservas al respecto. Escribió: *“La interpretación integradora, así concebida, se distingue nítidamente de la interpretación en sentido estricto, pero ha de distinguirse también de la integración del contrato, más arriba aludida, porque la integración completa el contrato en aplicación de las normas y reglas ordenadas por las propias fuentes de integración (la buena fe, el uso de los negocios y la ley dispositiva), en tanto que la interpretación integradora busca la reconstrucción o el llenado de las lagunas a partir de la propia declaración de voluntad contractual”* (60).

No obstante, la idea fue acogida por algún autor posterior. Por ejemplo, por JORDANO BAREA, que, comentando el art. 1.287 (el que se refiere al “uso o costumbre del país”), consideró que, en su segunda

(58) Al referirse a la sentencia de 3-II-86, VATTIER consideró que la *“equidad permite restablecer el equilibrio, operación que no puede ser otra que la interpretación integradora del contrato con apoyo en el art. 1.289 del CC”*.

(59) Díez-PICAZO, Luis (2007) 508.

(60) Díez-PICAZO dice a continuación: *“Que en nuestro Código Civil existen reglas que conducen a una interpretación integradora es algo que no puede dudarse a la vista de lo que establece el párrafo segundo del art. 1.288. No obstante, C. Vattier ha expresado la idea de que constituyen módulos de interpretación integradora todos los que en el Código pueden reconocerse como criterios de interpretación subjetiva. Conclusión probablemente demasiado radical, que será necesario ir enjuiciando al examinar cada uno de esos concretos criterios”*.

parte, dicho precepto recurre a los usos en una función de interpretación integradora, que no hay que confundir con la integración de un contrato incompleto o lagunoso, aunque las fronteras entre una y otra categorías sean muchas veces difíciles de trazar en la práctica (61). Y considero significativo que LACRUZ BERDEJO (62), “separando” el art. 1.287 CC de los llamados *criterios interpretativos*, llevara ese art. 1.287 al terreno de la *integración del contrato* (63).

1.3. Observaciones sobre la *interpretación*, en los dos casos examinados

Con ocasión –y motivo– del relato de los dos casos que he descrito con anterioridad (apartados III y IV), he tenido oportunidad de formular algunas sugerencias en torno a las peculiaridades de ambos conflictos.

Pero todavía cabe, a mi juicio, alguna reflexión adicional.

a) Los dos casos, a mi entender, ofrecen la oportunidad de proponer –aunque con diferentes palabras– la “pregunta” a la que me

(61) JORDANO BAREA, Juan B. (1991), en el comentario al art. 1.287. Dentro de *Comentarios del Código civil*, directores PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II, pp. 516-517.

(62) LACRUZ BERDEJO, José Luis (1987) 301-302.

(63) La expresión *interpretación integradora* fue utilizada también por ALBALADEJO, Manuel (1996) 353, al exponer su criterio sobre interpretación e integración. Escribió el autor: “*Mediante la interpretación únicamente se establece el sentido de lo declarado, pero en la declaración puede no haberse regulado todo lo necesario. En tal caso hay que seguir uno de los dos caminos: 1.º O el de completar lo que la declaración no estableció, a base de obtener de la voluntad declarada la que presumiblemente (porque es la más congruente con ella) corresponde para el punto no regulado, por ser la que se le habría dado, de haberlo contemplado específicamente. 2.º O el de, dejando la laguna en la regulación voluntaria, es decir negocial, acudir supletoriamente para llenarla a lo dispuesto en las normas jurídicas. De esos dos caminos –completar la declaración con su propia sustancia o dándola por incompleta suplir sus vacíos con regulación legal– el primero se llama integrar la declaración. De lo que se sigue que en puro rigor la integración no es interpretación (de la declaración). Pero en un sentido amplio forma parte de ella pudiendo calificarse de interpretación integradora*”.

he referido en el preámbulo de la presente aportación. Esa pregunta (y casi es inevitable la reiteración) es la de si será o no verdad que cuando el juzgador *declara* que la “intención común” de los contratantes fue una determinada (la llamada “X”, que por definición ha sido rechazada o negada por uno de los litigantes), en realidad lo que el juzgador ha hecho ha sido “crear”, “construir” o simplemente “imaginar” tal *intención común*.

Si la contestación es afirmativa, la pregunta siguiente es: ¿no será que en el ánimo del juzgador ha hecho mella un cierto “horror al vacío”, esto es, una especie de rechazo radical de que *no hubo contrato*? En otros términos, una especie de inclinación natural hacia lo que pomposamente llamamos *principio* de “conservación del contrato” (64).

b) El caso de los “metros cúbicos”, probablemente, habría podido resolverse –como de hecho ocurrió– con criterios de *interpretación en sentido estricto*.

No había duda alguna de que, siendo oneroso aquel contrato de “concesión de la explotación de cantera”, tenía que haber un precio en favor del propietario. Tampoco existía duda sobre la fórmula *literalmente* utilizada por las partes para la determinación del que llamaremos “precio final”: 40 pesetas por metro cúbico de ofita extraída. Tampoco cabía plantearse la cuestión de qué significa “un metro cúbico”. El problema residía en decidir cómo se medía ese metro cúbico, esto es, si “en rama” (o en el filón), o en ofita troceada o triturada, que es como se comercializa y utiliza (esto último, sobre todo en obras públicas).

Y es aquí donde se planteaba en toda su crudeza el problema de la “*intención común*”.

(64) Téngase presente que la cuestión que planteo tiene sentido –también– en la hipótesis de que lo resuelto por los correspondientes tribunales arbitrales hubiera sido lo contrario de lo que decretaron. Es decir, si en el caso del “metro cúbico” se hubiese decidido que esa expresión de medida se refería a la ofita “en rama” (o no triturada) y si en el caso de la “limitación” de una finca se hubiera determinado que lo acordado por las partes fue la constitución de un derecho real de *servidumbre de no edificar*.

Como he apuntado más arriba, no parece insensato entender que *pudo no haber una intención común*. Es decir, que no sobrepasa los límites de lo razonable suponer que, en el momento de contratar, para la arrendataria el “metro cúbico” significaba esa medida de volumen, pero en cantera o “en rama”; y que para el arrendador, “metro cúbico” era de ofita triturada.

Por otro lado, la “duda” se incrementaba al tener en consideración que, para los pagos a cuenta, las partes habían convenido un sistema de “x” pesetas por tonelada, es decir, utilizando una medida de peso, no de volumen.

Así las cosas, considero que era razonable resolver la controversia con la aplicación de uno de los “criterios interpretativos” del CC (el del art. 1.287), para, al hilo de la *regla básica* del art. 1.289, en su párrafo primero, establecer un criterio de decisión fundado en la “*mayor reciprocidad de intereses*” (65). Recuérdese, no obstante, que algún autor entiende que el art. 1.287 constituye un elemento de *integración*, no de interpretación.

Ahora bien, ¿podría alguien decir que la solución adoptada en el laudo fue *realmente* una consecuencia de haber conocido los árbitros cuál fue “la intención o voluntad de los contratantes”?

A mi juicio, la respuesta es negativa. Lo que me mueve, volviendo al título de esta ponencia, a hablar de *entelequia*, *ilusión* o *ficción*.

Lo que ocurre, a mi entender, es que el *principio de conservación del contrato* tiene mucho más peso del que pudiera parecer. Expresado en términos más realistas: ¿podía de verdad el tribunal arbitral haber declarado nulo el contrato en cuestión, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1.289, cuando hacía cinco años que la cantera había sido explotada? Porque, entre otras cosas, si esa hubiese sido la “solución”, en todo caso habría sido necesario determinar cuánto debía pagar la arrendataria al arrendador, pues la realidad era la de que la cantera se había visto disminuida o reducida.

(65) Aquí entra en juego, aunque en el CC no se utilice esta expresión, la idea (que siempre me ha parecido muy valiosa) de “la economía del contrato”.

Dicho de otro modo, en este caso el precio (su montante, no su existencia) no podía considerarse “objeto principal del contrato”, lo que excluiría la aplicación de la tan citada regla del párrafo segundo del art. 1.289.

c) No era el mismo el problema planteado por el segundo de los casos, es decir, el de la “limitación” que afectaba a una casa integrante de una herencia.

En aquel segundo conflicto, no se discutía (no había posibilidad de hacerlo) en qué consistía la “limitación”: la propietaria de la casa afectada por ella no podía construir delante de la fachada de la casa sin autorización de los propietarios de las dos fincas colindantes.

Pero había una cuestión en la que no repararon ni el autor del “convenio privado” entre herederos, ni las propias partes otorgantes del documento, ni el notario que, pocos días después, autorizó la escritura pública de partición de la herencia. La cuestión, procede repetirlo, era la de si esa “limitación” era sólo expresiva de una obligación de no hacer o si, por el contrario, entrañaba la constitución de una servidumbre negativa.

Aquí, el problema era mayor para los árbitros del conflicto, porque su decisión implicaba considerables consecuencias jurídicas. Si optaban por la tesis de la servidumbre negativa, ya no se trataba de una “obligación”, sino de un gravamen de carácter permanente (no es lo mismo que indefinido) y que, además, surtiría todos sus efectos quienquiera que fuese el propietario de la finca afectada por la “limitación”.

En aquel segundo caso podía existir un problema de naturaleza jurídica, con cierta *proximidad* al concepto de “causa”. Lo que ocurre es que no se trataría de la *causa del contrato* [aquí, plenamente subsumible en el art. 1.274 CC (66)], sino de una cosa algo más compleja, como es la calificación jurídica del propósito negocial que inspiró la voluntad de las partes al concertar el “convenio” entre herederos de 1943.

(66) También con el propósito de simple ilustración: “Art. 1.274: *En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”.

Digo esto porque la duda podía estar fundada en el significado que se atribuya a las palabras “objeto principal del contrato”, del art. 1.289, párrafo segundo.

Era claro que había una *intención común*, pero –paradójicamente– sobre un extremo que fue el que motivó el conflicto. Esa *intención común* fue sin duda la de establecer una “limitación” sobre “una casa”. Pero, dado que la controversia recayó precisamente sobre la naturaleza jurídica de esa “limitación”, no parece inoportuno plantearse la cuestión de si la diferente naturaleza jurídica que propugnarón las partes en el arbitraje tiene cabida en el “objeto principal del contrato”. Si la respuesta fuese afirmativa, y se entendiera que los “criterios interpretativos” de los arts. 1.282 a 1.288 no permitían conocer cuál fue la intención o voluntad común de los contratantes, como ya he apuntado más arriba, el desenlace habría sido la declaración de nulidad del acuerdo (67).

Pero ese imaginario desenlace, a su vez, llevaría a la notable contradicción de negar que las partes quisieron que hubiera una “limitación”.

Así las cosas, es tentadora la idea de que el tribunal arbitral hizo uso de una *interpretación integradora*, concepto que también a mí me suscita reparos pero que da que pensar.

O mejor: es probable que lo que el tribunal arbitral hizo fue (sobre la base de una *intención común* de constituir “una limitación”) llevar a cabo un acto de *integración* con fundamento en el art. 1.258 CC.

En ese caso, el elemento o criterio de integración habría sido “la ley”. Se habría tratado de la aplicación del principio de *libertad de la propiedad*, en el sentido de que la existencia de un gravamen de carácter real ha de quedar clara e incuestionablemente acreditada, circunstancia que, a mi entender, no concurría, en absoluto, en aquella controversia.

d) Y termino con una reflexión que está en la raíz de la presente ponencia: Creo que en ninguno de los dos casos propuestos en este trabajo podría decirse que la resolución de los respectivos laudos

(67) ¿Y qué decir de la totalidad del “convenio”, si, como una de las partes alegó, la “limitación” obedecía a la finalidad de “equilibrar” las adjudicaciones hereditarias del caso?

fuera el resultado de la “comprobación” –por parte de los respectivos tribunales arbitrales– de la existencia de una *intención común*. Más bien entiendo que los dos tribunales “supusieron” una imaginaria *intención común*. Y que lo hicieron con el fin de dar a cada uno de los conflictos una *solución* ponderada y razonable. En definitiva, una solución *justa* (68).

(68) Ya al terminar, hago la advertencia de que la palabra “*intención*” aparece muy pocas veces en nuestro Código civil. Se halla en dos artículos *que no se refieren al contrato*, y luego se encuentra, como hemos visto, en el art. 1.281 (dos veces) y en el 1.289, donde los términos *intención* y *voluntad* se formulan como sinónimos. Esto, a diferencia de lo que ocurre con la palabra *consentimiento*, frecuente y predominante en el Libro IV; mientras que el término *voluntad* es el más frecuente en la reglamentación de las sucesiones (Título III del Libro III). Es claro el contraste con la terminología del *common law*, en el que la *intention* es el vocablo sobre el que gira la doctrina de la formación del contrato y la de su eficacia (incluyendo la interpretación). Me ocupé de la presencia de las palabras *consentimiento*, *voluntad* e *intención* en nuestro Código civil en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (2012), “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo IV, pp. 3-174, *Otras formas de expresión*, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, Manuel (1996), *Derecho civil, I (Introducción y parte general)*, vol. 2.º (La relación, las cosas y los hechos jurídicos), 14.ª ed., José María Bosch, Barcelona.
- *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de obligaciones*, 14.ª ed., Edisofer, Madrid.
- ALMAGRO NOSETE, José (2006), Comentario al art. 1.289, en *Comentario del Código civil*, coordinador SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, tomo 6, Bosch, Barcelona.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1958), *Derecho civil español, común y foral*, 9.ª ed., tomo tercero, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus, Madrid.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo (1976). “Servidumbre negativa y obligación de no hacer”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, año LII, núm. 514, pp. 621-647.
- (2012), “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, en *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo IV, pp. 3-174, *Otras formas de expresión*, Consejo General del Notariado y Wolters Kluwer España, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1966), *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, Tecnos, Madrid.
- (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.ª ed., vol. primero: *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid.
- (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.ª ed., vol. segundo: *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid.
- (2012), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 1.ª ed., vol. VI: *Derechos reales*, Civitas, Madrid.
- y GULLÓN, Antonio (2012), *Sistema de Derecho civil*, 10.ª ed., vol. II, tomo 1, Tecnos, Madrid.
- JORDANO BAREA, Juan B. (1988), “La interpretación de los contratos”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, pp. 309-336, Consejo General del Notariado, Madrid.
- (1991), en el comentario al art. 1.287. Dentro de *Comentarios del Código civil*, directores PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II.
- (1991), en el comentario al art. 1.289. Dentro de *Comentarios del Código civil*, directores PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, BERCOVITZ, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo, Ministerio de Justicia, Madrid, tomo II.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et alii* (1987), *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., Librería Bosch, Barcelona.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1995), comentario al art. 1.289, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Manuel,

- y DÍAZ ALABART, Silvia, 2.^a ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, tomo XVII, vol. 2.
- MESSINEO, Francesco (1949), *Le servitù*, Giuffrè, Milán, dentro del *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU, Antonio.
- RAMS ALBESA, Joaquín (1994), en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *et alii*, *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 3.^a ed., tomo II, vol. 1º, *Parte General. Teoría general del contrato*, José María Bosch, Barcelona.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos (1987), “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo XL, fascículo I, enero-marzo, pp. 495-524.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric, editores (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich.

CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA. CONTORNOS Y TIPIFICACIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LAS CODIFICACIONES CIVILES CONTEMPORÁNEAS

Jaume Ribalta i Haro
Universitat de Lleida (1)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. FUNDAMENTOS ROMANOS Y POLÉMICA ENTRE ROMANISTAS
 - 2.1. La polémica entre los romanistas: unitarismo versus tripartición
 - 2.1.1. La teoría unitaria
 - 2.1.2. La teoría de la tripartición
 - 2.1.3. La posición intermedia o ecléctica
 - 2.1.4. El unitarismo substantivado: tipicidad y modelos negociales
 - 2.2. Fundamentos romanos: desprecio consciente de la distinción
3. LA VEJADA CUESTIÓN SISTEMÁTICA EN EL SENO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA TRIPARTICIÓN LOCATIVA
 - 3.1. Revisión crítica de la historiografía
 - 3.2. La teoría (históricamente) dominante: la bipartición (*locatio conductio rei-locatio conductio operae*)

(1) Este trabajo se inscribe en los siguientes proyectos de investigación: “Juristas hispánicos: entre el imperio del derecho y la gestión del poder (siglos XIII-XXI)” (Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2013-43431-P), dirigido por el Dr. Tomàs DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS y “Dret Civil Català i Dret Privat Europeu” (Generalitat de Catalunya-Departament d'Economia i Coneixement, 2014-SGR-223), dirigido por el Dr. Pedro DEL POZO CARRASCOSA.

- 3.2.1. Bipartición (explícita) y tripartición (implícita)
- 3.2.2. La bipartición cujadiana
- 3.2.3. La bipartición subdividida
- 3.3. La teoría (dogmáticamente) triunfante: la tripartición
(*locatio conductio rei–locatio conductio operarum–locatio
conductio operis*)
- 4. Conclusiones provisionales y perspectivas de futuro

1. INTRODUCCIÓN

"Je n'ai pas seulement voulu voir à quel mal le malade avait succombé, mais comment il aurait pu ne pas mourir. J'ai fait comme ces médecins qui, dans chaque organe éteint, essaient de surprendre les lois de la vie. Mon but a été de faire un tableau qui fût strictement exact, et qui, en même temps, pût être instructif."
Alexis de Tocqueville (2)

"Sociedad del riesgo", "sociedad de consumo" o "sociedad de servicios". Respectivamente, Ulrich BECK (3), Jean BRAUDILLARD (4) o Daniel BELL (5), es decir, tres soluciones distintas para un mismo problema: ¿cómo conceptualizar la sociedad post-industrial en que vivimos?. Los tres parten de la misma constatación que, cuando publicaron sus originales, parecía cierta e irreversible: después de siglos, ya no estamos constreñidos por las estrecheces de la escasez

(2) Alexis de TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution. Préface, notes, bibliographie, chronologie par Françoise Mélonio* (Paris: Flammarion, 1988 [orig. 1856]), 92.

(3) Ulrich BECK (1944-), *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás* (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2010 [orig. 1986]).

(4) Jean BAUDRILLARD (1929-2007), *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras. Estudio introductorio de Luis Enrique Alonso. Traducción de Alcira Bixio* (Madrid: Siglo XXI de España editores, 2009 [orig. 1970]).

(5) Daniel BELL (1919-2011), *El advenimiento de la sociedad post-industrial. Un intento de prognosis social. Versión original de Raúl García y Eugenio Gallego* (Madrid: Alianza Editorial, 2006 [orig. 1973]).

sino que habitamos la sociedad de la abundancia y del bienestar. A causa del desarrollo tecno-económico y según BECK, ahora vivimos una sociedad amenazada por riesgos globales, crecientes y de todas clases. Riesgos que causan daños sistemáticos e irreversibles porque afectan a la naturaleza y, además, están socialmente repartidos de forma desigual porque lo que, para la mayoría es un riesgo, para otros es una oportunidad de nuevo mercado. Gracias al mismo desarrollo y según BAUDRILLARD, ahora es más fácil producir que vender las mercancías y, por este motivo, el eje de lo social ya no es la producción sino el consumo: antes sólo era necesario producir o aumentar la oferta porque el consumo se daba por descontado pero, en cambio, ahora hay que producir a los mismos consumidores. Como consecuencia, esta obsesión por la producción de la demanda misma recubre lo social: todo lo que se presenta –o se trata de presentar– como objetivo (producción, trabajo, valor, etc.) es un espejo imaginario, una fantasía para imponer orden y disciplina allí donde sólo hay propaganda y simulación para aumentar el consumo. Según BELL, nuestra sociedad ya no está centrada –como la industrial– en los bienes y mercancías sino que su centro neurálgico son ahora los servicios. Aunque el término “servicios” comprende muchas y variadas cosas (6), todos se reconducen a lo mismo: ya no importa como antes el trabajo manual o la energía sino sobre todo la información. La información se erige como el recurso central y fuente de poder. Por este motivo, la clave humana de nuestra época es

(6) Para el significado de este término “servicios” que, cuando es usado por un científico social, es una alusión al llamado “sector terciario” de la economía, *vid.* Colin CLARK (1905-1989), *The Conditions of Economic Progress*, (London-New York: MacMillan and Co., 1957³ [orig. 1940]), 491, n.: “For some time the phrase ‘tertiary industries’ has been used, but it is suggested that this phrase has now reached the end of its term of usefulness, and might be replaced by the phrase ‘service industries’. It was originated by Professor A. G. B. Fisher in New Zealand, and became widely known through the publication of his book, *The Clash of Progress and Security*, in 1935. It took its origin from the titles current in Australia and New Zealand of ‘primary industry’ for agriculture, grazing, trapping, forestry, fishing and mining, and ‘secondary industry’ for manufacture. In Australia and New Zealand these terms are not only used in statistical reference books but are widely current in popular discussion. The phrase ‘tertiary industries’ therefore immediately carries, in these countries, a suggestion of those excluded by the official definition of ‘secondary industries’.”.

el profesional porque, por educación y preparación, está equipado para manejar la información especializada necesaria y en constante aumento (7). Si la cantidad de bienes definía a la sociedad industrial porque facilitaban un nivel de vida, el criterio que define a la sociedad post-industrial es la calidad de vida que se mide por las comodidades y satisfacciones –ahora deseables y posibles para todos– que aportan los servicios.

Si bien es cierto que el corazón social y económico de nuestra sociedad post-industrial late al ritmo de los servicios, ocurre que nuestras legislaciones a menudo están ancladas en el mundo de la sociedad industrial, es decir, de los bienes. La necesaria actualización ha sido llevada a cabo con compases y estilos distintos no sólo por los Estados miembro sino también por la Unión Europea. En provecho de nuestros intereses inmediatos, centraremos nuestra atención en esta última institución. Desde hace años, la Unión Europea viene legislando las llamadas Directivas que, con el paso del tiempo, han ido configurando un acopio considerable de normas sobre Derecho contractual que, por diversos motivos, acabaron generando problemas. Para resolver los problemas causados por el puntillismo normativo (múltiples Directivas y reglamentos comunitarios descoordinados que no sólo dificultaban su interpretación judicial sino que, además, su aplicación directa introducía elementos extraños en las legislaciones nacionales), los mismos órganos comunitarios se dieron cuenta de la necesidad de articular, de reorganizar, de crear un sistema de principios que aportara coherencia y a la vez orientara al legislador comunitario (8). Así, pues, en la búsqueda de la coherencia, se optó por la vía de requerir la participación de los juristas académicos para que, a la larga, dieran forma sistemática a lo que podemos llamar Derecho contractual europeo.

(7) Para el estudio sociológico clásico sobre el profesionalismo, es decir, del estatuto social de los profesionales, *vid.* Magali Sarfatti LARSON, *The Rise of Professionalism. A Sociological Analysis* (Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, 1977).

(8) *Vid.* Sixto SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, in: Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona: Registradors de Catalunya-Editorial Bosch, 2009), 85-118.

En este sentido, surgieron iniciativas privadas que –incluso con anterioridad– ya se habían planteado la necesidad de elaborar reglas contractuales uniformes enfocadas hacia la contratación internacional (los llamados *Principios Lando*) (9) y, sobre todo, la Unión Europea impulsó el nacimiento y desarrollo de dos grupos de juristas dispuestos a participar –desde orientaciones distintas– en la tarea propuesta de dar nueva vida al Derecho contractual europeo: el llamado *Study Group* optó por afrontar el estudio de las Directivas desde una perspectiva de Derecho comparado y, en cambio, el llamado *Acquis Group* prefirió dedicar sus esfuerzos a dar cuerpo al Derecho comunitario (10). Ambos grupos trabajaron en paralelo pero, para conseguir el resultado final, estaban llamados a colaborar en la elaboración de un cuerpo doctrinal que satisficiera las necesidades ya expuestas de la Unión Europea: el llamado *Common Frame of Reference*, es decir, el *Marco Común de Referencia* (11). Aunque su destino final no está aún sellado o decidido, el uso futuro de este *Marco Común de Referencia* puede oscilar entre dos extremos: su aplicación normativa o, más probablemente, su uso como instrumento opcional; pero, en cualquier caso, el objetivo parece claro: la regulación “uniforme” de los mercados europeos (12).

(9) Vid. Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios Lando”, in: Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona: Registradors de Catalunya-Editorial Bosch, 2009), 151-182.

(10) Vid. Esther ARROYO AMAYUELAS, “Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, in: Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona: Registradors de Catalunya-Editorial Bosch, 2009), 209-238.

(11) Vid. Esther ARROYO AMAYUELAS, “La contribución al Marco Común de Referencia de los principios de Derecho contractual comunitario”, in: María del Rosario DÍAZ ROMERO, Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO, Cristina GARCÍA GREWE *et alii* (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre 2007)* [Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2008], 49-157; Antoni VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, in: Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona: Registradors de Catalunya-Editorial Bosch, 2009), 239-265.

(12) Vid. Reiner SCHULZE, “Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia”, in: María del Rosario DÍAZ ROMERO, Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO, Cristina GARCÍA GREWE *et alii* (coord.), *Derecho privado europeo: es-*

Como consecuencia de este esfuerzo, ha visto la luz un considerable número de publicaciones científicas que, centrándonos en nuestros intereses inmediatos, son los estudios referentes a los contratos de servicios: *Principles for European Law: Services Contracts* [= PEL SC]) (13) y *Draft Common Frame of Reference* [= DCFR]) (14). Estas contribuciones no pueden dejar indiferente a ningún jurista interesado en el Derecho privado europeo porque, más allá de los concretos beneficios que aporten a la unificación jurídica europea, los esfuerzos doctrinales que contienen pueden ser útiles también para propulsar una revisión de los Derechos contractuales de los Estados miembro.

En este trabajo, nos centraremos en el examen de estas aportaciones pero lo haremos desde una perspectiva histórica. Como es sabido, los contratos de servicios son –hoy en día más que nunca– una materia enrevesada y difícil tanto porque la actual sociedad post-industrial los ha convertido en su centro neurálgico (la “sociedad de servicios” de BELL que más arriba hemos apuntado) como porque la legislación vigente resulta insuficiente, inadecuada e incapaz de seguir esta evolución social ya que, como es conocido, tropieza con la falta –casi absoluta– de regulación aplicable a los contratos de servicios en el *Código civil español* (el art. 1544 CCE se limita a definirlo como la prestación remunerada de un servicio). Ante este panorama, se comprende que, desde el Derecho positivo, se consideren sugerentes las propuestas recogidas en el citado contrato europeo de servicios porque define el servicio como una

tado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre 2007) [Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2008], 407-428; Stefan LEIBLE, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia?. Alegato a favor de un instrumento opcional”, in: María del Rosario DÍAZ ROMERO, Pilar DOMÍNGUEZ LOZANO, Cristina GARCÍA GREWE *et alii* (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre 2007)* [Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2008], 221-249.

(13) *Vid.* Maurits BARENDRECHT, Chris JANSSEN, Marco LOOS, Andrea PINNA, Rui CASCAO *et* Stéphanie van GULIK, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Services Contracts (PEL Serv.Con.)* (München: Sellier, 2007=Oxford: Oxford University Press, 2007).

(14) *Vid.* Christian von BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE *et alii* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition* (München: Sellier, 2009).

categoría jurídica única, no solo apta para acoger una gran y variada gama de actividades económicas sino que así y a la vez se pretende superar la tradicional distinción entre obra y servicio que aún está presente en el vigente *Código civil español*. Así, pues, estamos ante un intento serio de revisar y –según parece– enterrar la citada distinción tipológica porque ya no se tiene ningún empacho en presentarla como “evanescente” (15); pero, a causa del proverbial aprecio hacia los cadáveres, un historiador del derecho no puede dejar pasar la ocasión de realizar la –como es el caso– jugosa autopsia de una problemática, compleja y, siendo exagerados, maldita distinción.

¡Autopsia!. ¿La tarea del historiador (del derecho) puede ser desagradable pero tanto como para utilizar este término?, pensará el lector. En nuestro descargo, sólo cabe argüir lo mismo que Tocqueville en el párrafo que encabezaba este trabajo: como los patólogos forenses, los historiadores analizamos cadáveres buscando las leyes de la vida y, con suerte, a veces desvelamos alguna lección útil para los vivos. El caso que nos ocupa es ciertamente peculiar. Se trata de una tradicional distinción jurídica (contrato de servicios *versus* contrato de obra) que, gracias a una serie de mutaciones conceptuales, ha conseguido sobrevivir en las diferentes codificaciones civiles europeas. Una distinción que exigió muchos esfuerzos para elaborarla y que, mal nos pese, ha rendido apreciables frutos como principio sistemático y, sobre todo, organizador de este sector de la contratación. Y ahora se cierne sobre ella –si aceptamos el diagnóstico del Derecho positivo– una amenaza de muerte: corre el riesgo de difuminarse y quizás incluso de esfumarse del panorama de la sistemática jurídica europea. Sin embargo, conviene mantener la calma: es un paciente con una excelente mala salud de hierro que, históricamente, ha demostrado una considerable capacidad de adaptación y, antes de firmar el acta de defunción, es necesario revisar su historia clínica para no confundir un simple achaque con la agonía.

(15) *Vid.* Paloma de BARRÓN ARNICHES, “Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR”, in: Esteve BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Barcelona: Registradors de Catalunya-Editorial Bosch, 2009), 475-490.

2. FUNDAMENTOS ROMANOS Y POLÉMICA ENTRE ROMANISTAS

Con el fin de situarnos rápidamente en la cuestión, no hay duda que, para sondear las raíces de la problemática que nos interesa, es necesario acudir al Derecho romano y, en concreto, a la institución de la *locatio conductio*. Aunque pueda resultar fatigoso y arriesgado, para abordar la reconstrucción histórica de cualquier institución jurídica de la tradición romanista es obligado e ineludible tener en cuenta los fundamentos romanos aunque, como en el caso presente, eso represente haber de batallar no sólo con el contenido de los textos originales (Derecho romano) sino también con las interpretaciones de los mismos elaboradas por la ciencia romanista. A continuación y por este motivo, abordaremos –invirtiendo el orden habitual– dos cuestiones: la polémica científica entre los romanistas y, una vez aclarado el campo, revisitaremos el Derecho romano con la inestimable ayuda del estudio de Roberto FIORI.

2.1. La polémica entre los romanistas: unitarismo *versus* tripartición

Cualquier mínimo conocedor de la historia del Derecho romano es consciente que la *locatio conductio* está envuelta en una polémica sistemática que afecta directamente a nuestro objeto de estudio. Durante el siglo xx, distintos romanistas se han enfrentado al problema de la naturaleza o, mejor dicho, de la definición de la *locatio conductio* y, en sus soluciones, se han delimitado –polémicamente enfrentadas– dos grandes corrientes: unitarismo y tripartición. En conjunto, la problemática sobre la estructura unitaria o tripartita de la *locatio conductio* es de naturaleza exquisitamente sistemática ya que el núcleo de la cuestión es determinar la relación existente entre las tres *species* tradicionales de arrendamiento (*locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*) y el *nomen contractus* que las agrupa.

2.1.1. La teoría unitaria

A pesar de diferencias de detalle, los defensores del carácter unitario de la *locatio conductio* concuerdan en atribuir la tripartición a la tradición romanista que habría alterado la genuina visión roma-

na basada en la ausencia de cualquier distinción. En positivo, esta visión unitaria e indistinta de la *locatio conductio* sería patente por dos vías: procesalmente, porque el derecho romano no conoce o no dispone de tres acciones distintas para la *locatio conductio* sino solo sendas acciones únicas (*actio locati-actio conducti*) y, rompiendo la unanimidad existente y compartida en el anterior rasgo, substantivamente, porque en la base de cualquier *locatio conductio* siempre es o sería posible indentificar la presencia de una *res* (ARANGIO-RUIZ) (16), la obligación de la partes de *dare-reddere* una *res* (AMIRANTE) (17) o la realización de una actividad sobre una *res* (PINNA PARPAGLIA y VIGNERON) (18).

2.1.2. La teoría de la tripartición

Frente al planteamiento unitario, los partidarios de la tripartición han rechazado que se deba dar tanta importancia a unos rasgos simplemente terminológicos y procesales cuando lo esencial y significativo es la estructura y, en la medida que no existen reglas comunes en algunos aspectos de la institución (finalidad, riesgo y pago de la merced), solo cabe concluir la existencia de tres tipos estructurales distintos de *locatio conductio* [NIEDERMEYER (19), MAYER-MALY (20)].

(16) Vid. Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano* (Napoli: Jovene editore, 1921), I, 235 y ss. [Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli: Jovene editore, 1946⁸)].

(17) Vid. Luigi AMIRANTE, "Ricerche in tema di locazione", in: *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, núm. 62 (1959), 9-119.

(18) Vid. Paolo PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano* (Milano, Dott. A. Giuffrè editore: 1983), 131 y 138; Roger VIGNERON, "La conception originaire de la *locatio conductio* romaine", in: *Mélanges Felix B. J. Wubbe: offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire. Édités par J. A. Ankum ...* (Fribourg: Éditions Universitaires, 1993), 509-524, esp. 513; Roger VIGNERON, "La *locatio conductio* secondo i Romani", in: *Labeo. Rassegna di diritto romano*, núm. 34 (1988), 361-372.

(19) Vid. Hans NIEDERMEYER, "Recensión a: Sibylle von Bolla, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*", in: *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, núm. 203 (1941), 319-324, esp. 322.

(20) Vid. Theo MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht von ...* (Wien-München: Verlag Herold, 1956), 15 y ss., esp. 18-19. Vid. también la recensión a la obra de Amirante: Theo

Así, pues, según la prestación que un sujeto procura a otro a cambio de una remuneración (*merces*), sería necesario distinguir entre: el uso o el uso y disfrute de una cosa (*locatio conductio rei*), la prestación de determinados servicios (*locatio conductio operarum*) o la realización de una obra (*locatio conductio operis*).

2.1.3. La posición intermedia o ecléctica

El debate cuyas tesis principales acabamos de recordar no concluyó con una solución unánime sino todo lo contrario: muy pocos romanistas han optado decididamente por una u otra teoría (21) y, normalmente, la mayoría ha asumido una posición intermedia o ecléctica.

En general, se reconoce la unidad del contrato sin excluir que los juristas romanos fueran conscientes de la distinción de diferentes tipos de *locatio conductio* (22) y, por lo tanto, no se renuncia al tra-

MAYER-MALY, "Tipicità e unità della *locatio conductio*", in: *Labeo. Rassegna di diritto romano*, núm. 5 (1959), 390-397.

(21) A favor de la unidad, *vid.* Francesco Maria de ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1946), 121; Fritz SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1951), 542 y ss. [= Fritz SCHULZ, *Derecho romano clásico. Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro* (Barcelona: Bosch, 1960), §§ 935-943, 518-525, esp. § 935, 518-520]; Giovanni PUGLIESE, "Locatio-conductio", in: Javier PARICIO (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener. Coordinación y presentación ...* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), 597-610, esp. 600-603 pero, en cambio, este mismo autor considera la tripartición como un útil instrumento de análisis y así la utiliza en Giovanni PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Con la collaborazione di Francesco Sitzia e Letizia Vacca* (Torino: G. Giappichelli editore, 1991³), § 162.2, 567-572). Admite la unidad del contrato pero solo a nivel terminológico y procesal, *vid.* Mario TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1990), § 119, 593-597. Utilizan la tripartición pero sin discutir el problema dogmático, *vid.* Manuel Jesús GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. I. Instituciones* (Madrid: Dykinson, 1985³), §§ 161-163, 407-420, esp. § 162, 410-417 (de hecho, bipartición); Fernando BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2007³), 643 y ss.

(22) *Vid.* Max KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München: Verlag C.H. Beck, 1971²), § 132, 562-572; Max KASER, *Derecho romano privado. Versión directa de*

tamiento separado de las tres figuras considerando imprescindible la tripartición o tricotomía para la exacta exposición del régimen del contrato (23).

En la medida que esta posición ecléctica ha sido aceptada también por los defensores de la teoría unitaria, la solución del problema permanece completamente incierta porque cada teoría conserva argumentos a su favor. Así, la teoría unitaria cuenta a su favor con la unidad procesal y terminológica que, en un sistema contractual como el romano en que la tipicidad de la acción y la tipicidad del contrato son una y la misma cosa, no se puede considerar como un dato meramente formal sin ningún valor o reflejo dogmático. Por su parte, la teoría tripartita puede aferrarse sin más a la dificultad de reconducir a la unidad los diferentes “objetos” de la *locatio conductio*.

la 5 edición alemana por José Santa Cruz Teijeiro (Madrid: Editorial Reus, 1982²), § 42, 197-202, esp. 197-198; Imre MOLNAR, “Object of *locatio conductio*”, in: *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, núm. 85 (1982), 127-142; Imre MOLNAR, “Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats”, in: Hildegard TEMPORINI (ed.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. II. Principat. 14. Recht (Materien)* (Berlin-New York: De Gruyter, 1982), 583-680; Antonio GUARINO, *Diritto privato romano* (Napoli: Jovene editore, 1997), 927; Bruce W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome* (Princeton: Princeton University Press, 1980), 57, n. 4 que, aún reconociendo la unidad, afirma que el régimen concreto se construía “on the basis of economic sense, and not through doctrine” (“*Locatio conductio* is unified only in the broadest sense; rights, duties, and liabilities are regularly distributed between the parties on the basis of economic sense, and not through doctrine.”).

(23) Vid. Joan MIQUEL, *Curso de derecho romano* (Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1987), 395-397; Álvaro d’ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1983⁵), §§ 499-513, 562-572, esp. § 500, 563; Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1972⁶), 425-432.

2.1.4. El unitarismo substantivado: tipicidad y modelos negociales

Aunque hay quien aun lo plantea como una “questione aperta” (24), el debate romanista sobre la estructura (unitaria o tripartita) de la *locatio conductio* contó en 1999 con el “último gran intento” de clarificación (25) a cargo de FIORI (26) en una monografía que, en lo referente al Derecho romano, nos parece sólida y convincente.

A grandes rasgos, la solución propuesta por Fiori consiste en una reformulación en clave substantiva de la teoría unitaria y se basa en la distinción de dos niveles conceptuales: en primer lugar, la jurisprudencia romana habría identificado el esquema unitario típico de la *locatio conductio* en las recíprocas obligaciones de las partes contratantes de *praestare mercedem* y *praestare uti frui*, es decir,

(24) Vid. Valerio MAROTTA, “VI. Obbligazioni, contratti, illeciti civili. 3. Contratto e conventio”, in: *Diritto privato romano. Un profilo storico. A cura di Aldo Schiavone*, (Torino: Giulio Einaudi editore, 2003), 375-435, esp. 418-419.

(25) Vid. A[mando] TORRENT, “La polémica sobre la tricotomía *res, operae, opus* y los orígenes de la *locatio-conductio*”, in: *Teoria e storia del Diritto privato. Rivista internazionale on line*, núm. 4 (2011), 1-51, esp. § 7, 30-31 <<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=198>>.

(26) Vid. Roberto FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'.* *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica* (Napoli: Jovene editore, 1999). Sobre esta obra, vid. Theo MAYER-MALY, “Recensión a: Roberto Fiori, La definizione della 'locatio conductio'. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*”, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, núm. 70.3-4 (2002), 353-354; Imre MOLNAR, “Recensión a: Roberto Fiori, La definizione della 'locatio conductio'. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*”, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, núm. 119 (2002), 611-613.

el sinalagma *merces-uti frui* (27) y, en segundo lugar y ya dentro

(27) Si bien es cierto que FIORI demuestra que los juristas romanos consideraban el sinalagma *merces-uti frui* como el núcleo de la tipicidad de la *locatio conductio*, conviene estar advertidos de algunas dificultades propias de la institución y así valorar el ingenio de Fiori para resolverlas. En primer lugar, la existencia de múltiples formas negociales exigió el análisis de todas ellas para hallar un substrato común que permitiera reconducirlas a la unidad. Según FIORI, este substrato común era el sinalagma *merces-uti frui*. Pero, si bien esto es evidente por sí mismo en la *locatio conductio rei* (D. 19,2,15,2 [Ulp. 32 ad ed.]), las otras formas negociales exigieron más esfuerzo: en la *locatio conductio operarum*, es crucial la asimilación entre *operae* y *fructus fundi* (D. 40,7,14,pr. [Alf. 4 dig.]) aclarada en el sentido que las *operae* eran semejantes a un *uti frui*, es decir, un *fructus* pero no entendido como *res* sino como rédito (D. 7,8,12,6 [Ulp. 17 ad Sab.]; D. 7,7,3 [Gai. 7 ad ed. prov.]; D. 7,7,4 [Gai. 2 de lib. caus. ed. urb.]; D. 6,1,79 [Lab. 6 pith. a Paul. epit.]); en la *locatio conductio operis*, la clave está en darse cuenta que, aunque el *conductor* se obliga a un resultado, la *merces* siempre se paga *pro opera*, es decir, por la actividad realizada por el *artifex* (D. 19,2,30,3 [Alf. 3 dig. a Paul. epit.]; Cat. *agr.* 144-145; Gl. 3,147; D. 34,2,34,pr. [Pomp. 9 ad Qu. Muc.]; D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.]; D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.]) y, finalmente, la *locatio conductio partiaria* se resuelve como un intercambio de *uti frui* (Gl. 3,144; D. 19,2,35,1 [Afric. 8 quaest.]; D. 10,3,23 [Ulp. 32 ad ed.]). Para el resumen de los resultados de este análisis sobre el substrato común a las diferentes formas negociales de la *locatio conductio*, *vid.* FIORI, *La definizione...*, VI. § 2, 286-291. En segundo lugar, Fiori se dio cuenta que, para establecer la tipicidad (*nomen contractus*) de la *locatio conductio* y los rasgos que la definían, el sinalagma *merces-uti frui* era insuficiente porque las distintas definiciones perimetrales de la institución (aquellas en las que se la distinguía de otros contratos) mostraban que la *locatio conductio* no era una figura plana (definible con solo las dos dimensiones conocidas y fijadas en el sinalagma *merces-uti frui*) sino tridimensional. Según FIORI, los criterios y acotaciones a tener en cuenta eran: (A) La ausencia de transmisión del *dominium*. Para los sabinianos era un criterio absoluto (en una *locatio conductio* no podía haber nunca transmisión de propiedad) y, en cambio, para los proculeyanos (y también para los juristas tardo-republicanos) solo era un criterio útil indirectamente para definir una *locatio conductio* (cuando las partes contratantes acordaban que no se transmitiría la propiedad, dicho negocio no podía ser nunca una *emptio venditio* y quizás pudiera ser una *locatio conductio*). (B) Las *operae*. Mientras los sabinianos tendían a devaluar su importancia como elemento diferencial, los proculeyanos (y también los juristas tardo-republicanos) lo valoraban como un elemento tan importante que permitía distinguir la *locatio conductio* de la *emptio venditio* incluso en aquellos casos en que se realizaba una transmisión de propiedad. (C) La *merces* que permite distinguir la *locatio conductio* tanto de las relaciones

de este tipo unitario, los juristas romanos habrían diferenciado una serie de “modelos negociales” (es decir, distintas articulaciones del

gratuitas como de las relaciones onerosas concretadas en un *novum negotium*. Las dificultades radican en el criterio negativo de la ausencia de transmisión del *dominium*. Cuando se afirma que la *locatio conductio* puede (proculeyanos) o debe (sabinianos) no transmitir el *dominium*, cabe suponer que los juristas romanos se referían implícitamente a “algo” que, diferente del *dominium*, una parte contratante atribuía a la otra en la *locatio conductio*. Para determinarlo, FIORI tuvo en cuenta supuestos de *locatio conductio rei* y de *locatio conductio operis*. En la *locatio conductio rei*, ese “algo” es fácilmente identificable: el *locator* concede o atribuye al *conductor* el *uti frui* sobre la *res* (D. 18,1,80,3 [Lab. 5 post. a lav. epit.]; D. 19,2,15,2 [Ulp. 32 ad ed.]). En la *locatio conductio operis* y por el escollo representado por el suministro de los materiales, FIORI analizó las tesis de sabinianos y proculeyanos. Para los sabinianos y sin entrar en detalles exegéticos, la *locatio conductio* se reducía a un intercambio *merces-operae* y el valor del criterio negativo (la no transmisión del *dominium*) era evidenciar que, en una *locatio conductio operis*, solo se atribuían las *operae* y en ningún caso el *dominium* (así, pues, sólo admitían que los materiales fueran aportados por el *locator* porque, si los aportaba el *conductor*, el negocio perdía su naturaleza locativa y se transformaba en una *emptio venditio* de cosa futura) (D. 18,1,20 [Pomp. 9 ad Sab.]; Gl. 3,147; D. 18,1,65 [Iav. 11 epist.]; D. 34,2,34,pr. [Pomp. 9 ad Qu. Muc.]). En cambio, en un texto en el que Paulo repite posiciones proculeyanas, el requisito de las *operae* es tan absorbente que por sí solo es capaz de conformar una *locatio conductio operis* aún cuando los materiales son suministrados por el *conductor-artifex* (D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.]) y, por lo tanto, la diferencia entre ambas escuelas es más cuantitativa que cualitativa. En efecto, ambas escuelas comparten la consciencia de que, en la *locatio conductio*, se atribuye esencialmente el *uti frui* (o la *opera*) y se distinguen entre sí por el relieve otorgado a dicha atribución: para los sabinianos era necesario que la única atribución presente en una *locatio conductio* fuera solo la del *uti frui* y, en cambio, para los proculeyanos era suficiente que la importancia del *uti frui* fuera dominante sobre la eventual transmisión de *dominium*. Para el resumen de los resultados de este análisis sobre los rasgos que definen la tipicidad de la *locatio conductio*, vid. FIORI, *La definizione ...*, VI. § 3, 291-297. Pero, lo más importante a nivel histórico es que estas conclusiones son válidas no solo para ambas *sectae* (sabinianos y proculeyanos) sino también para el conjunto de la elaboración jurisprudencial del contrato locativo. En torno a estos ejes, se pueden ubicar tanto los planteamientos de los juristas precedentes (que anticipaban las soluciones proculeyanas) como los de los juristas posteriores que, a veces, siguen a los proculeyanos (como Paulo en D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.]), otros optan por ser posibilistas (como Ulpiano en D. 19,2,39 [Ulp. 2 ad ed.]) hasta llegar a los justinianeos que, sin más, aceptan la visión sabiniana.

esquema básico) (28) que, sin llegar a constituirse en tipos por

(28) Para valorar la contribución de FIORI, se debe tener en cuenta no sólo la determinación del carácter unitario de la *locatio conductio* (vid. *supra* núm. 27) sino también su complemento indispensable: los “modelos negociales”. Para el resumen de los resultados de este análisis sobre los “modelos negociales” de la *locatio conductio*, vid. FIORI, *La definizione ...*, VI. § 4, 297-303. Aunque puede parecer un problema casi metafísico (*plures in uno*), el peso de la teoría tripartita (también visible en la reticencia de la posición ecléctica a abandonarla como recurso expositivo) obligó a Fiori a cuestionarse si nunca los juristas romanos se plantearon explícitamente la distinción entre las diferentes figuras negociales y, de haber sido así, qué valor le otorgaban y cómo la compaginaban con el unitarismo. Al respecto, FIORI identificó algunas fuentes significativas para hallar la respuesta: (A) Labeón distinguía entre las siguientes hipótesis: cuando se acordaba un transporte de mercancías, cuando simplemente se arrendaba una nave o cuando las dos figuras se combinaban entre sí (D. 19,5,1,1 [Pap. 8 quaest.]; D. 14,2,10,pr.-2 [Lab. 1 pith. a Paul. epit.]). (B) Labeón también distinguía entre los diversos modos de combinar el *usus* de un *servus* y una *locatio conductio*: prohibición de arrendar a otros sus *operae*; empleo del esclavo en una finca arrendada y empleo del esclavo en la realización de un *opus* (D. 7,8,12,6 [Ulp. 17 ad Sab.]). (C) Javoleno separaba claramente un supuesto en que un *artifex* se obligaba a obtener el resultado de la construcción de un *opus* (*appalto*) de otro en que solo se había puesto a disposición de quien encargaba la obra una cuadrilla organizada de trabajadores (*regia*) e, implícitamente, de otro en que el interesado hubiera asumido directamente a los operarios (contrato de trabajo) (D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.]). Sobre el significado de las instituciones italianas citadas, vid. *infra* nota 36. En estos textos, no solo está previsto un régimen jurídico diferente según los intereses de los contratantes sino que además y sobre todo se discurre explícitamente sobre la diversidad del régimen existente entre las distintas figuras negociales y, por lo tanto, no tiene cabida la objeción según la cual, aunque hubiera diferencias, los juristas romanos no las percibían (o, al menos, no las consideraban relevantes) porque la distinción entre dichas figuras era precisamente la cuestión examinada por los juristas. Los *prudentes* eran perfectamente conscientes del hecho que, cuando se arrienda una nave (o los *loca navis*), el *magister* solo se obliga a ponerla a disposición del *conductor* y que, en cambio, cuando se concluye un contrato de transporte, se deberá la *merces* solo si la carga llega a destino. También tenían presente la diferencia entre la asunción del riesgo y de la responsabilidad del *appaltatore*, las obligaciones del simple trabajador o de quien se limita a prestar *operae* organizadas. Así, pues, el resultado era claro: aunque eran conscientes de semejantes diferencias, los juristas romanos no las consideraban tan importantes como para romper la unidad del contrato. ¿Qué relación había entre las características unitarias del tipo y las peculiaridades de cada una de

sí mismos y exigir una específica acción procesal para cada uno

las figuras negociales?. Según FIORI, es necesario distinguir dos planos dogmáticos. En primer lugar, había la tipicidad que, entendida como *nomen contractus*, implicaba procesalmente la unidad de las acciones; revelaba el tipo de obligación contraída por los contratantes y, en la *locatio conductio*, coincidía con el sinalagma *merces-uti frui*. Pero también existía un segundo plano que, si bien no identificaba el tipo, no era absolutamente irrelevante para los juristas romanos: los “modelos negociales” que son o constituyen distintas articulaciones del esquema básico formado por el intercambio *merces-uti frui*. Para justificar su existencia y convivencia con el tipo, FIORI planteó una hipótesis histórica (que, como se remite a una época oscura de la institución, ha levantado suspicacias entre los historiadores): desde antes del nacimiento de los contratos consensuales, ya era conocida la distinción entre los diferentes conjuntos de intereses económicos que, por su repetido uso, se convirtieron en “modelos negociales” de referencia para los contratantes y se conservaron cuando la relación económica se introdujo en el vestuario consensual del *locare conducere* porque se consideró que su diversidad no tenía tanto relieve como para modificar la estructura obligatoria fundamental. En cada figura, esta estructura asumió características peculiares pero nunca desapareció. Según FIORI, dichas articulaciones del intercambio *merces-uti frui* son: (A) En primer lugar, la distinción entre la hipótesis en que el *uti frui* gravita sobre una *res* respecto de aquella en que se realiza sobre una *persona*: en el primer caso las fuentes hablan de *uti frui* y, en cambio, en el segundo caso prefieren utilizar la expresión *opera* que, normalmente, indica un “goce o aprovechamiento” equiparado al *uti frui*. (B) En segundo lugar, una distinción interna en el seno de la *locatio conductio* de *operae*. Los juristas distinguían el caso en que la prestación de *operae* era genérica, es decir, sin ninguna referencia al *opus* en que se empleaban; de la hipótesis en que el trabajador se obligaba a realizar el *opus* final; o del caso en que las *operae* se dirigían a la consecución de un *opus* específico pero bajo la dirección del *locator* y, por tanto, sin que el *artifex* debiera asumir la responsabilidad por el resultado. En todas estas hipótesis, el sinalagma fundamental estaba constituido por el intercambio de *merces-opera* (= *uti frui*). Pero cada modelo negocial tenía características específicas dictadas por el modo en que este *uti frui* debía ser realizado, hasta el punto de hacer coincidir el “goce” con el *opus* (es decir, con el producto de la *opera*) realizado por el *conductor*. Este paralelismo entre *uti frui* y resultado es visible confrontando D. 19,2,15,2 [Ulp. 32 ad ed.] y D. 14,2,10,pr. [Lab. 1 pith. a Paul. epit.]. En cierto modo y según puntualiza FIORI, Arnold VINNEN acertó al afirmar que el *opus* era una especie de *fructus operae* (Arnoldi VINNII (1588-1657), *In quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus et Forensis* (Amstelodami [= Amsterdam]: Apud Ludovicum et Danielem Elzevirios, 1655²), [ad III.25 = IJ. 3,24,pr.], 666, n. 2: “At in locatione operarum non tam facile id

(29), habrían llegado a ser figuras precisas y puntos de referencia en la práctica jurídica.

dignosci potest. Interdum enim qui operas praestat, et mercedem accipit, locator dicitur; is cui praestantur operae, et qui mercedem dat, conductor l. sed addes. 19 § pen. [= D. 19,2,19,9 (Ulp. 32 ad ed.)], l. item si 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)], l. qui operas. 38 hoc tit. [= D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)], l. 1 de aestim. act. [= D. 19,3,1 (Ulp. 32 ad ed.)]. Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operae praestantur; conductor, qui accepta mercede operam praestat l. 11 § pen. [= D. 19,2,11,3 (Ulp. 32 ad ed.)], l. 13 § 1. 2. et 3. [= D. 19,2,13,1-3 (Ulp. 32 ad ed.)], d. l. sed addes. 19 § si quis. 7 [= D. 19,2,19,7 (Ulp. 32 ad ed.)], d. l. item si 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)], l. si merces 25 § pen. [= D. 19,2,25,7 (Gai. 10 ad ed. prov.)] et pass. hoc tit. Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem et locatorem et conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: et ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, idem sit operae locator; et locator operis, idem operae conductor: quam distinctionem subministrat d. l. item si 22 § 2 hoc tit. [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)] et d. l. 1 de aestim. act. [= D. 19,3,1 (Ulp. 32 ad ed.)] per opus autem intelligo quemvis fructum operae. v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifice, vel vehendum aurigae. [...]. Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes). Las *leges locationis* serían el instrumento técnico empleado para lograr estas articulaciones, adaptando el esquema básico (intercambio *merces-uti frui*) a las exigencias concretas de los contratantes. Mediante las *leges locationis*, los contratantes podían preveer que el *servus* fuera arrendado para que el *conductor* gozara de sus *operae* o ser transportado (*vehendus*) o instruido (*docendus*) en cuyo caso la *opera* importante era la del *conductor*. La *lex contractus* podía preveer que la *insula* fuera arrendada para ser habitada (*aversione* o *per singula caenacula*) o ser construida (*aedificanda*) o, en particular, que fuera *effecta arbitrio domini* o simplemente *probata arbitrio domini*. Pero, había un límite: mientras el acuerdo de los contratantes consistiera en un intercambio *merces-uti frui*, el contrato resultante debía reputarse *locatio conductio*; pero, si el acuerdo de voluntades no contenía o no encajaba en dicho sinalagma, era necesario cambiar la calificación del contrato.

(29) Si el sinalagma *merces-uti frui* era útil para identificar la tipicidad de la *locatio conductio* (vid. *supra* nota 27), las diferentes articulaciones del *uti frui* podían llevar a uno u otro de los “modelos negociales” (vid. *supra* nota 28). Desde un punto de vista procesal, es preciso tener en cuenta las siguientes implicaciones del planteamiento de FIORI. En el nivel dogmático de la tipicidad y ahí radica su utilidad como criterio, el problema consiste en delimitar el campo de aplicación de las *actiones locati et conducti* respecto de otras acciones y, en cambio, en el nivel dogmático de los “modelos negociales”, la cuestión se reduce a discernir entre *actio locati* y *actio conducti*.

2.2. Fundamentos romanos: desprecio consciente de la distinción

Una vez clarificado su sentido y alcance sistemático, solo resta plantearnos el problema de la distinción entre servicios y obra en el Derecho romano. Gracias al esfuerzo previo de FIORI (30), el examen de dos textos significativos será suficiente para lograr dicho objetivo porque, según parece, albergan la clave: D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.] y D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.].

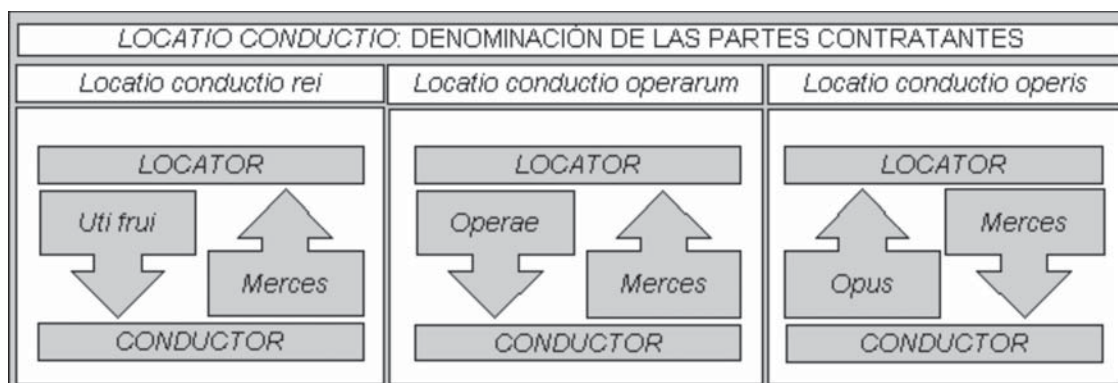
Pero, en lo referente a este último extremo, debe destacarse –y es extremadamente significativo– que, desde la perspectiva del proceso formulario, *actio locati* y *actio conducti* son perfectamente idénticas (para comprobarlo, *vid. infra* las fórmulas correspondientes) y, por lo tanto, la elección entre una u otra acción era importante no porque aseguraran resultados diversos sino porque, en cada particular y concreto conjunto de intereses, las obligaciones del *locator* eran diferentes de las del *conductor*. Para las fórmulas de *actio locati* y *actio conducti*, *vid. Otto LENEL, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung von ...* (Leipzig: Verlag B. Tauchnitz, 1927³ [Reedición anastática: Aalen: Scientia Verlag, 1985]), 299-300 [tit. XIX § 111 (112): Locati conducti]: “Ex locato: Quod A[ulu]s A[geriu]s N[umeriu]o N[egidi]o fundum (opus faciendum, operas) q[uo] d[e] a[gitur] locavit, q[uo] d[e] r[e] a[gitur], quidquid ob eam rem N[umeriu]m N[egidiu]m A[ul]o A[geri]o dare FACERE OPORTET EX FIDE BONA, eius iudex N[umeriu]m N[egidiu]m A[ul]o A[geri]o c[on]demna, s[i] n[on] p[ar]et a[bsolvito].”; “Ex conducto: Quod A[ulu]s A[geriu]s de N[umeriu]o N[egidi]o fundum (opus faciendum, operas) q[uo] d[e] a[gitur] conduxit, q[uo] d[e] r[e] a[gitur], quidquid ob eam rem N[umeriu]m N[egidiu]m A[ul]o A[geri]o dare FACERE OPORTET EX FIDE BONA, eius iudex N[umeriu]m N[egidiu]m A[ul]o A[geri]o c[on]demna, s[i] n[on] p[ar]et a[bsolvito].”. (Hemos desarrollado las abreviaturas entre corchetes).

(30) Sobre D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.], *vid. FIORI, La definizione ...*, IV. § 9, 249-259 y sobre D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.], *vid. FIORI, La definizione...*, III. § 3, 155-166.

En D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.] (31), se aborda la siguiente cuestión: en un contrato de obra (*opus faciendum*) (32) se acordó el pago a jornal (por cada día de trabajo) (*mercedem in dies singulos*) (33) y como la obra resultó defectuosa (*opus vitiosum*), se solicita-

(31) D. 19,2,51,1 [Iav. 11 epist.]: “Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. Nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.”.

(32) Según un apriorismo bastante extendido, se supone que la *locatio conductio operis* solo es compatible con una retribución *à forfait*, es decir, conviniendo anticipadamente un precio global (*uno pretio*) y, como en este caso la retribución no se calcula así sino por días de trabajo (*in dies singulos*), se corre el peligro de identificar el supuesto de base como un problema generado por una *locatio conductio operarum*. Pero esta lectura es incompatible con la terminología jurídica empleada en el texto: si fuera una *locatio conductio operarum*, el *dominus* no sería el *locator* sino el *conductor* y, a su vez, el *locator* sería el operario. En el texto, se apreciaba precisamente lo contrario y, por lo tanto, solo es posible interpretar la situación como un caso de *locatio conductio operis*. Como es sabido y lo muestra el siguiente esquema, esta inversión de papeles es una característica propia, típica y diferencial de la *locatio conductio operis*. Sobre esta anomalía de la inversión de la denominación de las partes contratantes en la *locatio conductio operis*, vid. FIORI, *La definizione ...*, I. § 1, 12-13 y nota 3.



(33) Como hay cierta tendencia a asimilar las expresiones *in dies singulos* e *in singulas operas* que aparecen en el texto con la expresión *in*

ba la opinión del jurista sobre si era posible demandar al arrendatario (*ex locato*). En su responso, Javoleno establece que:

(A) la eventual responsabilidad del *conductor* no se debe valorar según la forma de pago (*uno pretio* o *in singulas operas*) sino

(B) según el acuerdo establecido por los contratantes sobre la *perfectio* del *opus* (34):

(B.a) si la *universitas consummationis* corresponde al *conductor* (es decir, el *conductor* garantiza la *bonitas operis*), cuando el *opus* resulta *vitiosum* en la *probatio* y prescindiendo del modo de pago, el *conductor* es responsable y puede ser perseguido *ex locato*;

(B.b) en cambio, si el *opus* debe ser llevado a cabo (*efficeretur*) *arbitrio domini* (es decir, bajo la dirección del *dominus*) (35), el *conductor* no garantiza nada sobre la *bonitas operis* y, por lo tanto, no es responsable y no puede ser perseguido *ex locato*.

A la vista de este responso de JAVOLENO, quedan claros algunos extremos interesantes. En primer lugar, se apreciaba claramente como

singulos pedes mensurasve con el consiguiente peligro interpretativo, conviene advertir que dichas expresiones tienen significados bien distintos: mientras las dos primeras indican un pago por días de trabajo, es decir, por jornadas de trabajo (*vid.* D. 38,1,1 [Paul. de var. lect.]: “Operae sunt diurnum officium.”), la última indica un pago según el resultado, es decir, según las porciones materiales realizadas del *opus*.

(34) Como el término *perfectio* no figura en el texto, es necesario advertir que éste es precisamente el significado de la expresión *universitas consummationis* que sí consta. Al respecto y refiriéndose concretamente a este texto de Javoleno, *vid.* Otto GRADENWITZ, Bernardus KUEBLER et Ernestus Theodorus SCHULZE, *Vocabularium iurisprudentiae Romanae. Auspiciis Instituti Savigniani fundatum. Perspectum per Fridericum Schwarz. Herausgegeben von Marianne Meinhart*. I.4. *chalbane-cymbium* (Berolini [= Berlin]: Apud Georgium Reimerum, 1903 [Reedición anastática: Berlin-New York: Walter de Gruyter & Co., 1975]), col. 974, sv. *consummatio*. I.

(35) Se ha tendido a leer la expresión *arbitratus* (o *arbitrium*) *domini* en el sentido único de *adprobare* cuando Samter ya advirtió que dicha expresión asumía un significado distinto cuando iba acompañada del verbo *fieri* o *efficere* indicando entonces que el *dominus* asumía la dirección del *opus*, *vid.* Richard SAMTER, “*Probatio operis*”, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, núm. 26 (1905), 125-144, esp. 137 y n. 1.

JAVOLENO logró establecer una distinción interna entre las distintas formas negociales de *locatio conductio de operae*: *locatio conductio operis*, *regia* e, implícitamente, *locatio conductio operarum*. En la formulación de la *quaestio* (es decir, el supuesto de base), el jurista plantea la distinción implícita entre la *locatio conductio operarum* (de la cual sería propio el modo de pago a jornal según la visión corriente que el mismo jurista luego rechaza) y las otras formas: mientras en la *locatio conductio operis*, el *redemptor* asume la *perfectio operis*; en la *regia* es el mismo *dominus* quien asume la dirección de la obra. A pesar de la interferencia que representa el uso de un término propio del Derecho italiano actual como *regia* (36), es fácil darse cuenta que su proximidad con la *locatio conductio operis* sólo es visible en la inversión de los papeles de las partes contratantes y, si se obvia este detalle, se podría interpretar que su configuración es mucho más cercana a la *locatio conductio operarum* cuya característica primordial radicaría entonces en el carácter subordinado o dependiente del trabajo llevado a cabo por el *locator operarum* y, en este caso anómalo, por el *conductor operis* (37). Pero, para nuestros intereses inmediatos y sin necesidad de suposiciones, es más importante ver como Javoleno establece la distinción entre *locatio conductio operarum* (contrato de servicios) y *locatio conductio operis* (contrato de obra) afirmando nítidamente que el criterio para la

(36) En el análisis de este texto, FIORI distingue entre “appalto” (es decir, la *locatio conductio operis* romana) y “regia” (o “appalto a regia”) y, como esta última denominación procede del Derecho italiano, conviene explicitar que la “regia” es el contrato en el que “[...] il soggetto alla cui struttura d’impresa il committente affida l’esecuzione dell’opera è per contratto sottoposto a penetranti e continue ingerenze da parte del committente medesimo ed è quindi del tutto privo di autonomia, tanto da apparire quale *nudus minister*, cioè mero esecutore delle direttive impartite, risultando di fatto sollevato dal complesso dei rischi tipicamente inerenti alla gestione dell’appalto, si avrà la figura del cosiddetto appalto a regia. Esso, in realtà, a rigore non può ritenersi un vero e proprio appalto.” (Giovanni IUDICA, “Il contratto di appalto”, in: Nicolò LIPARI et Pietro RESCIGNO (drs.), *Diritto civile. III. Obbligazioni. 3. I contratti* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2009), 287-352, esp. 295).

(37) Para esta interpretación del párrafo final de D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.) pero ejecutada por juristas alemanes del siglo XIX sin nuestros remilgos, *vid. infra* notas 145, 158 y, sobre todo, 160 porque, entre otras cosas, contiene la solución.

distinción no radica en el modo de pago (*in singulos dies* frente a *uno pretio*, es decir, por jornadas de trabajo *versus* precio global) (tal y como insinúa implícitamente la *quaestio* de donde parte el responso) sino en el acuerdo que las partes contratantes establecen sobre la *perfectio operis*. Pero, si recordamos que en la *locatio conductio operis* la *merces* se pagaba *pro opera* y que, incluso cuando el *conductor* suministraba los materiales, se consideraba que el elemento esencial era el hecho que el *artifex* se obligaba a prestar sus *operae* (D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.]) (38), deberemos admitir que habrá *locatio conductio operis* aún cuando la *merces* se compute –como en este caso– en base a las *operae* (*in singulos dies*). En definitiva, la *merces* no está relacionada con la *res* final considerada en sí y por sí misma sino con la actividad desarrollada para realizarla y, como lo plantea este texto, esta actividad del *artifex* se puede pagar *in dies singulos* (por jornadas de trabajo) o bien *uno pretio* (precio global). Así, pues, para los juristas romanos, “la locazione di un *opus* non è altro che la locazione delle *operae* dell’artifice finalizzate ad un risultato.” (39). Quizás el apriorismo tradicional que hemos denunciado más arriba tiene sus raíces en una especie de espejismo o imagen refleja que sugiere lo contrario: cuando se paga *uno pretio* es fácil asumir la falsa impresión que se está pagando el *opus* final y no, como en realidad ocurre, el conjunto de las actividades realizadas para elaborarlo, es decir, las *operae*.

Pero, antes de llegar a una conclusión, debemos desembarazarnos de un viejo fantasma. Tradicionalmente pero aún hoy en día, cuando alguien se interesa por la *perfectio operis*, el referente obligado es D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.] (40). Es un texto complejo de interpretar porque no solo alberga dificultades intrínsecas [conciación expresiva y uso de términos griegos en una definición anómala (41)] sino que además están unidas a un factor externo importante y bastante distorsionador: según la actual *communis opinio* (con

(38) Sobre D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.] y la explicación correspondiente, *vid. supra* nota 27.

(39) FIORI, *La definizione ...*, IV. § 9, 258.

(40) D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.]: “‘Opere locato conducto’: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα:” vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.”

(41) Sobre la definición anómala en D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.], *vid. FIORI, La definizione ...*, III. § 3, 157.

la excepción de WUBBE (42)], este fragmento contiene la distinción entre *locatio conductio operis* (concebida como obligación de resultados) y *locatio conductio operarum* (entendida como obligación de medios) que se manifiesta en la oposición de los términos *opus* (= ἀποτέλεσμα:) y *opera* (= ἔργον) (43). Sin embargo, acercándose a la lectura de algunos humanistas (44), FIORI planteó la necesidad de revisar esta interpretación corriente porque el análisis de la terminología griega implicada muestra que su fundamento y punto de partida (a saber: los substantivos griegos ἀποτέλεσμα: y ἔργον< significan respectivamente “resultado” y “actividad”) es erróneo e injustificado (45). Tras un concienzudo examen, FIORI ofrecía esta solución: “Mi sembra, in conclusione, che il frammento di Labeone possa essere così reso: ‘per *opus locatum conductum* bisogna intendere l’*opus perfectum*, ossia ciò che i greci chiamano ἀποτέ-

(42) Vid. F[elix] B[ernard] J[ozef] WUBBE, “*Opus* selon la définition de Labéon (D. 50,16,1,5)”, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, núm. 50 (1982), 241-251 (en el título del artículo, hay una errata porque el texto estudiado es evidentemente D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.]). Según Wubbe, Labéon estaría oponiendo en el texto “actividad realizada” (ἀποτέλεσμα:) y “resultado material” (ἔργον) y, por lo tanto, afirmarí: “Cuando leemos *opere locato conducto* no debemos pensar que se está refiriendo a algo material resultante de una actividad, es decir, lo que los griegos llaman ἔργον, sino que se está refiriendo a lo que los griegos llaman ἀποτέλεσμα:”, es decir, a un resultado también no material, aunque no sea material”.

(43) Vid. KASER, *Das römische Privatrecht ...*, I, § 132, 570 y n. 77; Arnaldo BISCARDI, “*Quod Graeci ‘apotelesma’ vocant*”, in: *Labeo. Rassegna di diritto romano*, núm. 35 (1989), 163-171, esp. 169-171; Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996 [orig. 1990]), 394 y n. 53; PUGLIESE, “*Locatio-conductio ...*”, 601, n. 17.

(44) Vid. Jacobi CUJACII (1522-1590), “*In lib[ro] II Pauli ad edictum. Recitationes solemnes*”, in: *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII distributa*, (Prati [= Prato]: Ex officina Fratr. Giachetti, 1838) V, 35-53, esp. 52 (ad D. 50,16,5,1): “[...] Et similiter, ut ostendit hoc loco, cum locatur conducitur domus construenda, vel quod aliud quodcumque opus faciendum, his verbis [= *opus locatum conductum*] significatur consummatio operis, ἐντέλεια sive ut ait ἀποτέλεσμα:, id est, ex opere facto corpus aliquod perfectum, non τὸ τύχον ἔργον, veluti impositio unius, vel alterius caementi, opus inchoatum, imperfectum, informe. [...]”.

(45) Sobre el fundamento injustificado de la interpretación actualmente dominante de D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.], vid. FIORI, *La definizione ...*, III. § 3, 157-158.

λεσµα”, e non l’*opus factum*, ossia ciò che i greci chiamano ἔργον” (46). En otras palabras, el *opus locatum conductum* sería el *opus* llevado a cabo según la finalidad acordada entre los contratantes y, por lo tanto, no debe entenderse como aquello que el *conductor* ha realizado (*opus factum*, ἔργον) sino como aquello que debía realizar según y en base a lo acordado con el *locator* (*opus perfectum*, ἀποτέλεσµα”). Habida cuenta de la naturaleza y objetivo de este tipo de acuerdos, cabe suponer que dicha *perfectio operis* se alcanza cuando el *conductor* (= *artifex*) realiza la obra siguiendo las directrices o instrucciones de quien le encarga la obra, es decir, el *locator* (= *dominus*). Así, pues, este texto no contiene la supuesta distinción entre *locatio conductio operis* (obligación de resultados) y *locatio conductio operarum* (obligación de medios) sino simplemente una distinción interna de la categoría “*opus*” entre *opus factum* y *corpus* (= *opus*) *perfectum*. En definitiva, Labeón planteaba que, en una *locatio conductio operis*, es necesario que el producto de la actividad del *conductor* sea conforme al acuerdo de los contratantes y no es suficiente con que haya realizado un “producto” cualquiera, es decir, hecho de cualquier manera.

Visto lo anterior, no hay más remedio que llegar a la siguiente conclusión: sin duda, los juristas romanos conocían perfectamente y eran plenamente conscientes de la distinción entre servicios y obra; pero, según lo expuesto más arriba, optaron conscientemente por la tipicidad o, dicho de otro modo, prefirieron salvaguardar la unidad del tipo. En estas condiciones, la distinción entre servicios y obra en el Derecho romano quedó simplemente arrinconada o, mejor dicho, fue conscientemente despreciada.

3. LA VEJADA CUESTIÓN SISTEMÁTICA EN EL SENO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANISTA: LA CONSTRUCCIÓN DE LA TRIPARTICIÓN LOCATIVA

El objetivo de este capítulo es ofrecer una visión general de cómo se ha tratado desde un punto de vista sistemático a la *locatio conductio* a lo largo de la tradición jurídica romanista.

(46) FIORI, *La definizione ...*, III. § 3, 163-164.

3.1. Revisión crítica de la historiografía

Esta problemática solo ha sido abordada *ex professo* y, por cierto, con enfoques muy diversos por OLIVIER-MARTIN y FIORI.

En perspectiva, la aportación de OLIVIER-MARTIN consistió en proponer el nombre del jurista holandés Johannes VoET (1647-1713) como el “inventor” de la tripartición locativa (*rei, operarum, operis*) (47) y, con mucha cautela, sugirió las obras de tres juristas anteriores (48) como propicio caldo de cultivo (49).

(47) Johannis VoET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controversias illustiores, jus etiam hodiernum, et praecipuae Fori quaestiones excutiuntur ...* (Coloniae Allobrogum [= Genève (Suiza)]: Apud fratres Cramer, 1757 [orig. 1698]), I, 665-682 [ad D. 19,2], esp. 668, núm. 6: “Praeter usum rerum elocantur et operae, tam liberorum hominum quam servorum, mercenariae, non aliae, l. naturalis 5 § at cum do 2. ff. de praescript. verbis [= D. 19,5,5,2 (Paul. 5 quaest.)] non liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, praestari solent, juxta l. 1 et tot. tit. ff. de extraordin. cognit. [= D. 50,13,1 (Ulp. 8 de omn. trib.)-D. 50,13,6 (Gai. 3 rer. cott. sive aur.)]. [...]” y 679, núm. 33: “Praeter usum et operas, praecipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum, etiam redemptor operis inde appellatus, l. qui insulam 30 § qui aedem 3 [= D. 19,2,30,3 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.)], l. ea lege 51 § locavi 1 [= D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)], l. cum in plures 60 § lege dicta 3 ff. h. t. [= D. 19,2,60,3 (Lab. post. 5 a Iav. epit.)], l. 1 ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. [= D. 20,2,1 (Pap. 10 resp.)], l. si ventri 24 § divus 1 ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend. [= D. 42,5,24,1 (Ulp. 63 ad ed.)]. [...]” (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes).

(48) Matthiae COLERI (1530-1587), *Decisiones Germaniae, hoc est celeberrimae et gravissimae res quaestiones, ex jure civili, constitutionibus Imperii et Saxonum aliisque statutis deciduntur, civilis quoque et Saxonici juris differentiae accuratissime explicantur; in lucem editae a Jacobo Schultes ...*, (Lipsiae [= Leipzig]: Impensis Gotofredi Grosii, 1631⁴); Antonii MATTHAEI (1601-1654) [= Antonius Matthaeus II], *Disputationes de obligationibus XLII. de criminibus VII. de servitutibus VII. et aliquot miscellaneae. In Illustri Academia Ultrajectina publice ventilatae, defendentibus juris et bonarum literarum studiosis, quorum nomina singulae disputationes praeferunt* (Ultrajecti [= Utrecht]: Ex officina Joannis a Waesberge, 1660); Johannis Jacobi WISSENBACHI[I] (1607-1665), *Exercitationum ad L. Pandectarum libros partes duae ...*, (Franekerae Frisiorum [= Franeker (Netherlands)]: Sump-tibus Gerardi Schick, 1661²).

(49) Félix OLIVIER-MARTIN (1906-1972), “Des divisions du louage en droit

Como era de esperar, la contribución de FIORI (50) tiene un calado mucho más profundo. Para facilitar la exposición, diferenciaremos dos niveles en su aportación: el análisis de los que –a falta de mejor etiqueta– podemos llamar “paradigmas sistemáticos” y, por otro lado, la teoría explicativa del tránsito entre ellos. Según FIORI, la tradición jurídica romanista en esta materia ha conocido dos paradigmas sistemáticos predominantes: bipartición y tripartición (51). En la bipartición, se defendía una visión unitaria de la *locatio conductio* que se compaginaba –sin considerarlo una contradicción– con la distinción interna de diferentes *species* (*locatio conductio rei* y *locatio conductio operae*) y, en la última *species*, estaría incluida o, mejor dicho, subsumida (con escasa diferenciación) la luego llamada *locatio conductio operis* como forma peculiar de *locatio conductio operae* cuyas características distintivas eran: una anómala nomenclatura de las partes contractuales (así, por ejemplo, la posición de *locator operis* se explicaba como la amalgama de los atributos de *locator rei* y *conductor operarum*) y que el *conductor operis* asumía el riesgo y responsabilidad del trabajo. Atendiendo a la copiosa lista de juristas citados, esta visión bipartita estuvo vigente desde la Glosa hasta el siglo XIX. Sólo en las décadas finales del siglo XIX, se planteó y desarrolló el paradigma sistemático de la tripartición en el que la vetusta *locatio conductio* unitaria acabó desmembrándose en tres instituciones distintas (*locatio conductio rei*, *operarum* y *operis*) y, sin olvidar a afamados precursores (52), FIORI escogía como cumplido representante de este nuevo orden al pandectista alemán Heinrich DERNBURG (1829-1907) (53).

romain”, in: *Revue historique de droit français et étranger*, núm. 15 (1936), 419-475, esp. 467-474.

(50) Vid. FIORI, *La definizione ...*, VII. §§ 1-8, 305-360.

(51) Vid. FIORI, *La definizione ...*, VII. § 1, 305-315.

(52) Heinrich DEGENKOLB (1832-1909), *Platzrecht und Miethe. Beiträge zu ihrer Geschichte und Theorie von ...* (Berlin: C.G. Lüderitz'sche Verlagsbuchhandlung-A. Charisius, 1867); August BECHMANN (1834-1907), *Der Kauf nach gemeinem Recht von ... I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht* (Erlangen: Verlag von Andreas Deichert, 1876); Alfred PERNICE (1841-1901), “Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen”, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, núm. 9 (1888), 195-260.

(53) Heinrich DERNBURG (1829-1907), *Pandekten von ... II. Obligationenrecht* (Berlin: Verlag von H. M. Müller, 1894⁴ [orig. 1886]), § 110, 298

Aunque albergamos algunos reparos sobre este diseño, preferimos posponer la cuestión y centrarnos en la que es, sin duda, la principal aportación de FIORI: la teoría explicativa del cambio de paradigma. Según el diagnóstico de FIORI, la tripartición se fundamenta en haber distinguido las tres citadas instituciones tomando como criterio su distinto objeto contractual. Aferrado a este perno, la clave de su aportación radica en desvelar el papel crucial de una obra de Gottfried Wilhelm LEIBNIZ (1646-1716) (54) como introductor del objeto de derecho en la tradición jurídica romanista (55).

= Arrigo DERNBURG (1829-1907), *Diritto delle obbligazioni. Prima traduzione dal tedesco sulla 6.^a edizione di Francesco Bernardino Cicala ...* (Torino: Fratelli Bocca editori, 1903 [orig. 1886]), § 110, 467-468.

(54) Godofredi Guilielmi L. B. de LEIBNITZ (1646-1716) [= Gottfried Wilhelm Leibniz], *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae, ex artis didacticae principiis in parte generali praepraemissis experientiaeque luce, cum praefatione Christiani L. B. de Wolf, ...* (Lipsiae et Halae [= Leipzig-Halle an der Saale]: Ex officina Krugiana, 1748 [orig. 1667]), 40 [pars II, § 17]. Para la correspondiente edición crítica, *vid.* Gottfried Wilhelm LEIBNIZ (1646-1716), “Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae ... (Francofurti: Impensis Johannis Davidis Zunneri, 1667)”, in: *Sämtliche Schriften und Briefe. Sechste Reihe: Philosophische Schriften. Herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I. 1663-1672*, (Berlin: Akademie Verlag, 2006²), 302 [pars II, § 16]: “Objectum Juris et Obligationis est corpus subjecti, res, persona tertii. Jus in corpus meum tanquam subjecti dicitur Libertas, Jus in rem dicitur Facultas, et habet species: Dominium directum in rei materiam, utile seu Jus utendi fruendi in formam, Jus servitutis in partes formae seu qualitates, Jus retinendi, usucapiendi Conditionem, et alia Jura realia. Jus in personam dicitur Potestas, et multis modis variat, interdum vitae et necis, interdum castigationis, interdum increpationis, etc. Obligatio est, ne alterius Libertas, Facultas, Potestasque impediatur. Quae impeditio dicitur Injuria. Et obligatio ne potestas alterius in me impediatur est positiva, qua teneor aliquid facere vel pati, et dicitur κατ’ ἑξοχὴν obligatio, caeterae obligationes, ne alterius libertatem impediam, vel arripiam rem, sunt magis privativae. Objectum porro Juris mei est quicquid mea interest, idque vel ipsummet; vel aequipollens seu aestimatio. Quo pertinent pretia rerum.”

(55) *Vid.* Roberto FIORI, “Il problema dell’oggetto del contratto nella tradizione civilistica”, in: Ricardo CARDILLI, Cosimo CASCIONE *et alii* (eds.), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali* (Napoli: Jovene editore, 2003), 169-238 = Roberto FIORI, “El problema del objeto del contrato en la tradición civil”, in: *Revista de Derecho privado*, núm. 12-13 (2007), 205-260.

Con este fundamento, reconstruye el siguiente panorama histórico. Desde la Glosa hasta el siglo XVII, se formó, desarrolló y pulió la llamada teoría de los *substantialia contractuum* (56) en cuyo seno y bajo el modélico ascendente de la *emptio venditio* se determinó que *consensus*, *merces* y *res* eran los elementos definidores de la *locatio conductio* (57). Sin desbordar este cauce teórico, se perfiló más esta imagen gracias a Hugues DONEAU (1527-1591) (58) quien, ahondando en el último elemento, puso de relieve su doble naturaleza (*usus rei* y *praestatio operae*) y, como resalta FIORI, este hallazgo apuntaba ya hacia otros derroteros pues, por sí mismo e inevitablemente, propugnaba la existencia de distintas (como mínimo, dos) *locationes* (59). Como DONEAU no continuó su prometedora reflexión, la situación no se alteró hasta el destello iusfilosófico de LEIBNIZ (1667) dando carta de naturaleza al objeto de derecho. Para demostrar su irrupción en materia locativa, FIORI trae a colación el tratado del jurista alemán Andreas WEGE: una vez expuesta la división sistemática (bipartita) de la *locatio conductio*, WEGE puntualizaba que la explicaría por completo en el capítulo siguiente porque derivaba “ab objecto” (60). Se trataba de una influencia puramente

(56) Para el estudio que rescató esta teoría para la historia del derecho, *vid.* Paolo GROSSI, “Sulla ‘natura’ del contratto (qualche nota sul ‘mestiere’ di storico del diritto, a proposito di un recente ‘corso’ di lezioni)”, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 15 (1986), 593-619.

(57) *Vid.* FIORI, *La definizione ...*, VII. § 2, 315-324.

(58) Hugonis DONELLI (1527-1591) [= Hugues Doneau], *Commentarii de iure civili. Editio sexta quam post obitum Ioannis Christophori Koenig in Acad[emia] Altorfina quondam professoris celeberrimi continuavit D. Carolus Bucher* (Norimbergae [= Nürnberg]: Apud Bauer et Raspe, 1824⁶), VII, 425-428 [lib. 13, cap. 6, § 6], esp. 426: “[...] Res locationis propria est rei corporalis usus, aut praestatio operae, quae et ipsa quasi quidam usus est operae. [...]”.

(59) *Vid.* FIORI, *La definizione ...*, VII. § 3, 325-329.

(60) Andreae WEGENS [= Andreas Wege], *De locatione et conductione tractatus ...* (Lipsiae et Islebiae [= Leipzig-Eisleben]: Sumtibus Augusti Boetii, 1696), cap. II, 13, núm. 2: “Locatio conductio autem (I) est vel rei vel facti s[ive] operae § 4 l. h. t. [= *IJ.* 3,24,4] l. 25 § penult. [= *D.* 19,2,25,7 (*Gai.* 10 ad ed. prov.)] l. 26 [= *D.* 19,2,26 (*Ulp.* 2 disp.)], l. 38 ff. eod. [= *D.* 19,2,38 (*Paul.* sing. reg.)]. Illa est, qua usus rei (non res ipsa aut dominium l. 39 ff. h. t. [= *D.* 19,2,39 (*Ulp.* 2 ad ed.)] l. 65 [= *D.* 18,1,65 (*Iav.* 11 epist.)], l. 80 § pen. ff. de contr. emt. [= *D.* 18,1,80,2 (*Lab.* 5

teórica pues, como hemos indicado, WEGE continuaba aferrado a la sistemática tradicional de la *locatio conductio*. A falta de vínculo directo entre LEIBNIZ y WEGE, FIORI lo suponía indirectamente: mediante indicios (citar a GROTIUS y juristas de la Segunda Escolástica española), se conectaba a WEGE con el iusnaturalismo y, de rebote, con las ideas de LEIBNIZ (61). Una vez abierta esta compuerta (el paso de la *res* al objeto), fluye un río que acaba desembocando en dos mares: el “objet du contrat” francés (62) y el “Gegenstand des Vertrages” alemán (63). Pero, lo más significativo de este trayecto es que, gracias a una plurisecular cocción a fuego lento en el seno de iusnaturalismo, Escuela histórica del Derecho y Pandectística, la idea leibniziana del objeto de derecho fue la matriz que alumbró el objeto del contrato. Con esta base y no sin ciertas ambigüedades (de las que no escapa ni el mismo *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán), se acabó fracturando el vetusto sinalagma *merces-uti frui* para dar lugar a los tres diferentes contratos locativos que, en base al criterio del objeto, discriminó y definió DERNBURG. Sin duda, se trata de un despliegue abrumador de erudición e ingenio. Superado el deslumbramiento, veamos nuestros reparos.

Frente a la simple enumeración, sin duda es preferible –como en otros campos (64)– la estrategia expositiva de FIORI de agrupar y distinguir paradigmas sistemáticos. Pero, mientras la delimitación entre ambos paradigmas es aceptable, resulta reduccionista en ex-

post. a Iav. epit.))) pro mercede conceditur: vel, ut Donell. lib. 13, cap. 6. [= Hugo DONELLUS, *Commentarii de iure civili*] definit, cum res alicui utenda fruenda datur certa pecunia constituta, quae pro usu praestetur. Haec est vel nuda operae v[erbi] g[ratia] famulandi vel simul operis Brunn. ad l. 4 ff. h. t. n. 3 [= Johannes BRUNNEMANN, *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*], Hahn ad Wesenb. h. t. Obs. 2 [= Henricus HAHN, *Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum commentarios*], Tabor, in part. element. h. t. p. m. 227 [= Johannes-Otto TABOR, *Iurisprudentiae methodicae partitiones elementariae*]. Haec divisio, cum ab objecto sit desumta, infra cap. 3 plenius explicabitur.” (Hemos identificado las fuentes y obras citadas entre corchetes).

(61) Vid. FIORI, *La definizione ...*, VII. § 4, 329-335.

(62) Vid. FIORI, *La definizione ...*, VII. § 5, 335-340.

(63) Vid. FIORI, *La definizione ...*, VII. § 6, 341-348.

(64) Vid. Robert NISBET, *La formación del pensamiento sociológico. Traducción de Enrique Molina de Vedia* (Buenos Aires-Madrid: Amorrortu editores, 2009² [orig. 1966]), I, 17-22.

ceso que en la bipartición se hayan amontonado –sin la menor diferenciación– tantos siglos de reflexión jurídica. Los trazos gruesos pueden emborronar un dibujo de precisión y, por lo que luego se dirá, quizás convenga remozar el diseño. Como dijimos, la teoría explicativa del cambio de paradigma era la principal aportación de FIORI y, según vimos, el perno que la sostenía era la conexión entre LEIBNIZ y WEGE. En perspectiva, FIORI tomó a WEGE –un jurista menor, según sus propias palabras– como punto de referencia porque en él convergían dos atributos: invocaba la clave del objeto en un tratado sobre la *locatio conductio* y, en segundo lugar, escribía después de la publicación de LEIBNIZ. Como recalcamos, no consta ningún vínculo directo entre ambos y, por este motivo, FIORI lo estableció indirectamente arguyendo una probable adscripción iusnaturalista de WEGE. Pero, aunque usa la palabra mágica “objeto”, WEGE no parece representativo de lo que FIORI pretende demostrar porque su aplicación del criterio no produce como resultado la tripartición sino precisamente una “forma peculiar” de bipartición (que, a falta de mejor etiqueta, denominaremos bipartición subdividida). Sin duda, este detalle resalta la necesidad de revisar el antes denunciado reduccionismo que afecta a la bipartición. Además y como reconoce el mismo FIORI, en VOET también concurrían ambos atributos (usaba la expresión *objectum locationis* y escribía después de LEIBNIZ) (65) pero FIORI se desembarazaba de la molesta coincidencia afirmando que “l’uso dell’espressione non è, nella sua opera, fondante come nella sistematica del Wege” (66). Pero, la sistemática de WEGE no es precisamente un dechado de virtudes: en la sede citada por FIORI (67), WEGE distingue entre *res* y *operae* (68) pero, en otra –quizás

(65) *Vid. supra* nota 47.

(66) *Vid.* FIORI, *La definizione ...*, VII. § 4, 331, nota 100.

(67) *Vid.* FIORI, *La definizione ...*, VII. § 4, 331, nota 99.

(68) WEGENS, *De locatione et conductione ...*, cap. IV, 115-116, núm. 48: “Non tantum res, sed etiam operae officiales et artificiales, quae honestae et locari solitae sunt, recte objectum locationis conductionis constituunt l. 30 § 2 [= *D. 19,2,30,2 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.)*], l. 38 ff. locati [= *D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)*], l. 5 § 1 de praescript. verb. [= *D. 19,5,5,1 (Paul. 5 quaest.)*] Treutl. Disp. 29 th. 2 [= *Hieronymus TREUTLER, Selectarum Disputationum ad Jus civile Justinianaeum quinquaginta libris Pandectarum comprehensum*], Ludw. ad Inst. Ex. 13 th. 5 lit. e [= *Wilhelmus LUDWELL, Exercitationes XVIII ad IV libros Institutionum Imperialium*]

más expresiva de su punto de vista—, la distinción incluye “*usus rei locatae, vel opera personae praestanda, opereve faciendo*” (69) que corresponde con la ya citada bipartición subdividida.

Visto lo anterior, la concurrencia de *obiectum locationis* y bipartición subdividida exige una explicación y quizás pueda hallarse en otro jurista menor como Johann Dominik PEREGRINUS (1687-1764). Como hiciera WEGE, PEREGRINUS afirma que dicha división sistemática de la *locatio conductio* deriva del objeto (70) y, exactamente como

vid. Bachov. ad Tr. h. t. th. 2 lit. H [= Reinhardus BACHOVIVS ECHTIUS, *Notae et animadversiones ad Disputationum Hieronymi Treutleri*]. [...]” (Hemos identificado las fuentes y obras citadas entre corchetes).

(69) WEGENS, *De locatione et conductione ...*, cap. V, 144, núm. 44: “Alterum essentielle, seu id, in quo forma essentialis locationis et conductionis sita est, consistit in concessione usus rei locatae, vel opera personae praestanda, opereve faciendo; in quo, quantum συναλλάγματα locationis et conductionis, item emtionis et venditionis essentia differant, maxime conspicitur. [...]”.

(70) Joanne Dominico PEREGRINI (1687-1764), *Manuductio ad jurisprudentiam Justinianeam, simplici via per quatuor Institutionum Imperialium libros, ad usum studiosae juventutis explanata, et accomodata ... Authore ...*, (Salisburgi [= Salzburg (Austria)]: Typis et impensis Joannis Josephi Mayr, Imperio Vacante [= 1742]³ [orig. 1733]), II, [lib. 3, tit. 25], 192, núm. 1: “[...]. Alia insuper rerum, qua res, alia operarum, qua operae personae locantur. Operae vero sunt vel simplices, quae videlicet nullum opus post se relinquunt, quales sunt operae famulorum, vel praegnantes, quae post se opus relinquunt, ut sunt operae artificum. In his videtur sub diverso respectu quilibet esse locator, quilibet conductor: Pone, me dedisse aurifabro aurum, ut mihi annulum conficiat: Dixeris, me esse locatorem annuli, et conductorem operarum, aurifabrum autem conductorem annuli, et locatorem operarum. Eruunt differentiam hanc ex l. 11 § 3 [= *D. 19,2,11,3 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 13 § 1 et 3 [= *D. 19,2,13,1 (Ulp. 32 ad ed.)*; *D. 19,2,13,3 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 22 § 2 ff. h. [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)*]. Et forte melius ex l. 2 pr. ff. ad l. Rhod. de jact. [= *D. 14,2,2,pr. (Paul. 34 ad ed.)*]. Ita cum aliis vult Hopp. ad pr. Inst. h. vers. Est autem [= Joachim HOPPIUS, *Examen Institutionum Imperialium*] ubi docet actionem locati in ejusmodi casibus illi competere, qui contractui initium dedit. Verum subtilitas est, cum proprie in omnibus locationibus locator dicatur, qui mercedem accipit, et conductor, qui eam solvit. Thomas. ad Hub. h. n. 9 [= Ulricus HUBER, *Praelectionum juris civilis. III. Secundum Institutiones et Digesta Justiniani. Accedunt Christiani Thomasii Additiones et Lüderi Menckenii Remissiones ad Jus Saxonicum*], Ludov. in Thes. Jur. d. l. n. 3 [= Johannes Henricus MOLLENBECIUS, *Thesaurus juris civilis, sive succincta explanatio Compendii Digestorum Schutzio-Lauterbachiani continens non solum textum Lauter-*

hiciera WEGE, remite para la solución a otra parte de su obra (71). Si diligentemente se busca el lugar citado, se descubre que el jurista se refiere (como –es de suponer– WEGE y VoET también) y explica que dicha distinción se predica del objeto de la obligación (72).

bachii emendatiorem, sed exquisitores notas excellentissimorum jurisconsultorum, cum illorum, qui incomparabile hoc Compendium Commentariis suis illustrarunt ut Strykii, Bergeri, Menckenii, Titii, Pagenstecheri, Kleinii, Wernerii, Ludovici ... curante. Inepte siquidem aurifabrum annuli conductorem nuncupaveris, dum ille proprie loquendo rei conductor dicitur, qui rem ad usum (vix enim aliter conductionem rei recte concipies) habet, quod de aurifabro respectu annuli dici nequit. [...]”; II, [lib. 3, tit. 25], 194, núm. 3: “Objectum locationis-conductionis ex una parte sunt vel res, vel operae locandae, ex altera merces, seu pensio annua. Locari possunt res omnes, quae alias sunt in commercio humano, sive proprie, sive alienae, l. 9, pr. et 1 ff. h. t. [= D. 19,2,9,pr.-1 (Ulp. 32 ad ed.)] sive mobiles, sive immobiles, sive corporales, sive incorporeales, puta servitutes, tum reales saltem una cum praediis, quibus inhaerent, non item separatim, ita intellige Ulpian. in l. 44 ff. eod. [= D. 19,2,44 (Ulp. 7 ad ed.)] tum personales, d. l. 9 § 1 d. t. [= D. 19,2,9,1 (Ulp. 32 ad ed.)]. Excipe usum, qui terminatur ad indigentiam personae, § 2 de usu. et habit. [= IJ. 2,5,2]. Operae debent esse posibles, honestae, et praetio aestimabiles. Dixi notanter: pretio aestimabiles, unde excluduntur operae ingenii, quae non mercedem, sed honorarium recipiunt, l. 38 § 1 ff. d. t. [= D. 19,2,38,1 (Paul. sing. reg.)], l. 1 § 5 ff. de extraord. cognit. [= D. 50,13,1,5 (Ulp. 8 de omn. trib.)]. Merces debet esse [...]”.

(71) PEREGRINI (1687-1764), *Manuductio ad jurisprudentiam Justinianeam* ..., II, [lib. 3, pars 2, sec. 2, § 2], 73, núm. 36: “[...] Objectum sunt res, et facta, quae in contractum deduci possunt; haec omnia praeoccupavimus superius part. 1, núm. 6 et seqq.”.

(72) PEREGRINI (1687-1764), *Manuductio ad jurisprudentiam Justinianeam* ..., II, lib. 3, pars 1 [ad rubr. lib. 3, tit. 14: De obligationibus], 41-43, núm. 6-7: “[41, núm. 6] Objectum sunt ea, quae sub obligationem cadere possunt. Cadunt autem sub obligationem [obligationem, corr.] RES, et FACTA. Circa rem videndum, an exstent in rerum natura, vel non? si non, ita, ut neque sperari possint, ut hircocervus, vel in rerum natura esse desierint, ut domus combusta? non possunt venire in obligationem, [...]. [43, núm. 7] Facta, quod attinet, debent esse POSSIBILIA, § 5 Inst. [= IJ. 3,15,5], l. 72 ff. de V. O. [= D. 45,1,72 (Ulp. 20 ad ed.)] quia ad impossibile nemo tenetur, l. 185 ff. de R.J. [= D. 50,17,185 (Cels. 8 dig.)]. HONESTA, § 24 de inut. stipul. [= IJ. 3,19,24], l. 26, 27 et 123 de V.O. [= D. 45,1,26 (Ulp. 42 ad Sab.); D. 45,1,27 (Pomp. 22 ad Sab.); D. 45,1,123 (Pap. 1 def.)]. Inhonestae quippe habentur pro impossibilibus, ita Papinianus in l. 15 ff. de condit. instit. [= D. 28,7,15 (Pap. 16 quaest.)]. Nam, quae facto, inquit, laedunt pietatem, existimationem verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. propia, non aliena, §

Además, otros juristas se valieron del objeto así entendido para caracterizar otros contratos (compraventa y mutuo): PFEFFERKORN (73) y RADEMIN (74). Pero, el largo período de cocción a fuego lento de la teoría de FIORI aún permite otro hallazgo: en una obra que rezuma iusnaturalismo en su planteamiento y ejecución, Johann Christoph HARTUNG (¿?-1695) ofrece un ejemplo concreto del uso del objeto en la *locatio conductio* y, como en los casos anteriores, reaparece

3 de inut. stipul. [= *IJ. 3,19,3*], l. 83, pr. ff. de V. O. [= *D. 45,1,83,pr. (Paul. 72 ad ed.)*] quia de suo quisque promittere debet, non de alieno: obligatio enim, utpote quid personale, ex persona promittentis initium sumit, l. 11 ff. de O. et A. [= *D. 44,7,11 (Paul. 12 ad Sab.)*]. Limita, si cum facto alieno proprium implicetur, tunc enim tenetur promittens, quantum est in se, obligationi suae satisfacere, de § 3 de inut. stipul. [= *IJ. 3,19,3*], d. l. 83 ff. de V. O. [= *D. 45,1,83 (Paul. 72 ad ed.)*]. Ita quidem, ut, si factum alienum suo periculo simul promiserit, teneatur ad interesse, facto illo non secuto. Gletle loc. cit. § 30 [= *¿Josephus Bernardus GLETLE, Tractatus de pactis? = Franciscus Marquardus Liber Baro a STAIN, Tractatus juridicus de pactis et contractibus ... Praeside Josepho Bernardo Gletle*]. [...].”

(73) Johannes PFEFFERKORN (¿1635-1656?), *Disputatio juridica de emptione-venditione, quam auxiliante Deo ter optimo ter maximo approbante Magnifico et amplissimo J[uris]C[onsul]torum ordine in illustri Salana; praeside viro nobilissimo, amplissimo et consultissimo Dn. Georg-Adamo Struven ... Amicae examinationi subiicit ...* (Jenae: Typis Freyschmidianis, 1647), 4, th. XIV (Objectum, *in margine*): “Diximus consensum determinatum esse ad rem pro certo precio tradendam. Objectum igitur venditionis a parte emtoris est precium, a parte venditoris merx seu res quae venditur. [...]”

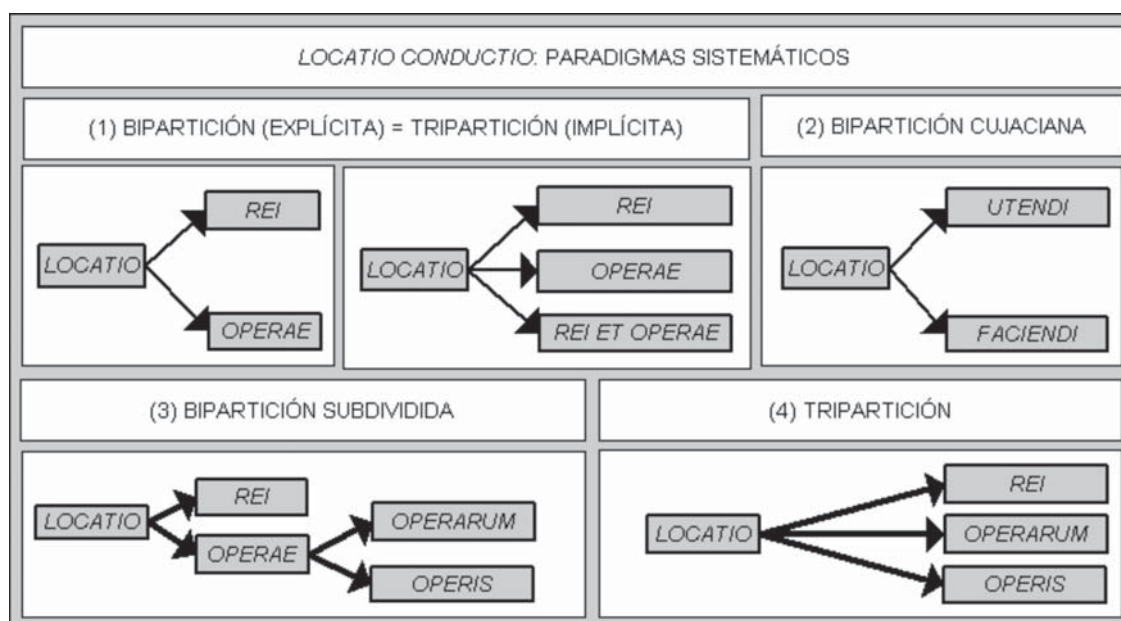
(74) Nicolaus RADEMIN, *Dissertatio juridica de mutuo, quam divino an-nuente numine, suffragante magnifico ac nobilissimo J[uris]C[onsul]torum ordine, in florentissima LL. nutrice Salana, sub praesidio viri nobilissimi, amplissimi, consultissimi atque excellentissimi Dn. Georgii Adami Struven ... Publice eruditorum examini submittit ...* (Jenae: Typis Sengenwaldianis, 1659), 20, cap. IV (De materia circa quam seu objecto), th. 1 (Objectum, *in margine*): “Visa causa efficiente, succedit nunc objectum, quod est duplex: materiale et formale. Materiale objectum constituunt res, quae pondere, numero, mensura, constant l. 1 § 1 de reb. cred. [= *D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.)*]. [...]. Formale vero objectum sunt res fungibiles, quae functionem aut praestationem recipiunt magis in genere suo quam specie, l. 2 § 1 de reb. cred. [= *D. 12,1,2,1 (Paul. 28 ad ed.)*], hoc est, cujus singula individua quantitate et qualitate ita sunt paria, ut si iis absumtis eadem in genere restituantur ac praestentur, in effectum perinde sit, ac si eaedem, quae datae sunt in specie (individuo) reddantur, nec aliud pro alio solvatur, [...]” (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes).

la bipartición (75). Es el peligro que se corre con las explicaciones de largo alcance y que, sin duda, revierte en cierto escepticismo sobre la general fiabilidad y rigor de los juristas cuando se enfrentan a tareas sistemáticas. En definitiva, hemos acabado dándonos de bruces contra un muro: la polémica dogmática entre objeto de la obligación y objeto del contrato. En nuestros lares, la cuestión puede considerarse liquidada leyendo a DÍEZ-PICAZO: no tiene ningún empacho en denostar el objeto del contrato como un craso error dogmático, un serio malentendido que cometen algunos juristas que hablan del objeto del contrato cuando, en realidad, el único objeto que hay es el de la obligación (76).

Confeccionado para agilizar luego la exposición, el siguiente gráfico muestra los cuatro paradigmas –mantenemos el mismo término empleado hasta ahora– sistemáticos que hemos detectado.

(75) Jo[hannes] Christoph[orus] HARTUNG (?-1695), *Metaphysica juridica, qua praecepta, et distinctiones Metaphysicae, praecipue, exemplis ex Jurisprudentia depromptis, illustrantur, earumque usus in quaestionibus juris difficilioribus enodandis ostenditur ...* (Jenae: Sumtibus Auctoris-Typis Johannis Gollneri, 1692), cap. IX, § I, 326: “Absolutis causis externis, pergimus ad internas, materialem scil[icet] de qua hic; et formalem, de qua cap. seq. Cumque materia in genere perfecte definiri nequeat, ideoque statim eam distinguimus in materiam EX QUA, quae κατ’ ἐξοχὴν materia dicitur; IN QUA, quae etiam vocatur materia subjectiva, et absolute subjectum; et CIRCA QUAM quae et materia objectiva nuncupatur, et absolute objectum. [...]”; cap. XI, § XVI, 339-340: “Materia circa quam, seu objectiva, seu objectum est id, circa quod aliqua potentia (naturalis vel moralis) ejusque actus versatur. Vel est causa per terminationem potentiae activae, quae circa illam versatur. Ita patriae potestatis objectum, seu materia objectiva est filius, filia, nepos, neptis etc. [...]. Objectum emtionis est pretium et merx: locationis usus rerum, opera hominum et merces: mutui res fungibilis: actionum id, quod petitur in judicio, v[erbi] g[ratia] hereditatis petitionis hereditas: rei vindicationis res singulares corporales. Lauterb. dd. tt. [= Wolfgangus-Adamus LAUTERBACH, *Collegium theorico-practicum ad L Pandectarum libros*] in O. Materiale materiae objectivae esse potest ens et non ens; ratio causandi est potentia objecto proportionata; causalitas est ipsa terminatio extrinseca potentiae.” (Hemos identificado la obra citada entre corchetes).

(76) Luis DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato* (Cizur Menor [Navarra]: Editorial Aranzadi, 2007⁶), cap. VIII, § 1, 229-234.



3.2. La teoría (históricamente) dominante: la bipartición (*locatio rei-locatio operae*)

3.2.1. La bipartición (explícita) y la tripartición (implícita)

Durante siglos y bajo el manto de la teoría de los llamados *substantialia contractus* (77), la *locatio conductio* se consideró una ins-

(77) Para un ejemplo tardío –pero también enteramente desarrollado porque, además de los *substantialia contractus*, la teoría se completaba con los *naturalia contractus* y *accidental contractuum*– de esta teoría, *vid.* FRANCISCI MANTICAE (1534-1614), *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros XXVII dispertitae* (Genevae [= Genève]: Sumptibus Leonardi Chouët, 1681), I, 24-27 [cap. 1,12: Quae sit substantia contractus], 28-32 [cap. 1,13: Quae sit natura contractus] y 32-33 [cap. 1,14: Quae sint accidental contractuum], esp. 24 [cap. 1,12: Quae sit substantia contractus], núm. 2: “Quare substantia contractus dicitur principalis ipsius essentia, qua submota contractus nullius est momenti, ut est pretium in contractu emptionis, l. 2 [= *D. 18,1,2 (Ulp. 1 ad Sab.)*] et l. pacta conventa ff. de cont. empt. [= *D. 18,1,72 (Pap. 10 quaest.)*], § prae-tium Inst. eod. tit. [= *IJ. 3,23,2*] et haec substantia est immutabilis, Bald. in d. 1. nu. 14 C. de usufr. [= *CJ. 3,33,1 (Sev. et Ant. 199)*] [= BALDI UBALDI, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis libros quartum et quintum Codicis libros*].” (Hemos identificado las fuentes y obra citadas entre corchetes). Pero, conviene recordar que el origen de esta visión del contrato se encuentra en la teoría medieval de los *vestimenta pactorum*. Sobre esta teoría medieval de los *pacta vestita*, *vid.* C. KARSTEN, *Die Lehre*

titución unitaria pero, a la vez y sin apreciar en ello ninguna contradicción, esta visión se compaginó con la distinción interna de dos *species* (*locatio conductio rei* y *locatio conductio operae*) (78). Pero,

vom Vertrage bei den italienischen Juristen des Mittelalters. Ein Beitrag zur inneren Geschichte der Reception des römischen Rechtes in Deutschland (Rostock: Wilh[elm] Werther's Verlag, 1882 [Reedición anastática: Amsterdam: Liberac, 1967]); Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München: J. Schweitzer Verlag, 1985), 31-45; Raffaele Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2001).

(78) Hermann Fitting (ed.), *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung. Herausgegeben von ...* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1894), 131-132 [ad CJ. 4,65; cap. 4,57,2]: “Locatio quidem est, cum usum rei mee vel operas meas pro mercede tibi do.”; Wernerii (ca. 1055-ca. 1130), “*Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*”, in: Iohanne Baptista Palmerio (ed.), *Scripta anecdota Glossatorum. Editio altera emendata curante ...* (Bononiae: Ex aedibus Angeli Gandolphi, 1913), I, 127-128 [ad IJ. 3,24]: “Est autem locatio cum usum rei vel operas meas pro mercede tibi concedo.”; Hermann Fitting (ed.), *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus der mitte des XII. Jahrhunderts. I. Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus. Herausgegeben von ...* (Halle a S[aa]le: Verlag von Max Niemeyer, 1906), 139-140 [ad CJ. 4,65; cap. 4,69,2]: “Locacio est quando ego do rem meam alii ad pisionem vel ad vestituram pro pecunia quam aliquis dat michi vel promittit. Et ista ratio est facta quando precium promissum est, sicuti vendicio completa est quando emptor et venditor concordant simul de precio. Similiter si aliquis locat operam suam, ipsa est locacio similiter, sicuti si aliquis scribit michi librum pro pecunia quam sibi do vel promitto.”; Felix Derrer (ed.), *Lo Codi. Eine Summa Codicis in provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert. Die provenzalische Fassung der Handschrift A (Sorbonne 632). Vorarbeiten zu einer kritischen Textausgabe. Vorgelegt von ...* (Zürich: Juris Druck und Verlag, 1974), 101 [ad CJ. 4,65; cap. 4,68,2]: “Logados es aco, cant eu logui una causa ad autre per aver qu'el m'en dona o qu'el m'en promet. Ed aquesta radons es feita, cal ora es covenguz lo prez, eissament cum seria cumplida una vendedos, cora·l vendeire e·l cumpraire s'acordunt essem de·l prez. Arregers si alguns om loga las soas obras, aco es logados eissament, si cum es, si el escrius un libre per aver que om lui done o lui promes.”; Juan Antonio Arias Bonet, *Lo Codi en castellano. Según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional. Edición y estudio preliminar de ...* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1984), 216 [ad CJ. 4,65; cap. 4,70,2]: “Logación es quando yo alogo una cosa a otro por aver que <da o que me> me promete; e aquesta razón es fecha quando es convenido el preçio e es nombrado, también como sería una vendición

mientras se defendía explícitamente esta sistemática bipartita, en el seno de este enfoque los juristas conocían y usaban –cuando era necesario– otra *species* significativamente llamada *locatio conductio*

quando el vendedor o el comprador se acuerdan en uno del preçio. Otrossi si alguno aloga las sus obras aquello es alogaçión, (otrossi) assi como si él escribe un libro por aver que ome le da o ome le promete.”; ROGERII (*saec.* XII), “*Summa Codicis*”, in: Iohanne Baptista PALMERIO (ed.), *Scripta anecdota Glossatorum. Editio altera emendata curante ...* (Bononiae: Ex aedibus Angeli Gandolphi, 1913), I, 133 [ad CJ. 4,65; cap. 4,62]: “Locatio quidem est cum usum rei mee, vel operas meas pro mercede tibi do.”; PLACENTINI (ca. 1130-1192), *Summa Codicis. Accessit Proemium quod in Moguntina editione disederabatur. Prefazione di Francesco Calasso* (Moguntiae: In officina Ivonis Schoeffer, 1536 [Reedición anastática: Torino: Bottega d’Erasmus, 1962]), 189 [ad CJ. 4,65]: “Est autem locatio personae reive ad usum facta concessio, mercede certa constituta in pecunia numeranda.”; Gustav PESCATORE (ed.), *Placentini Summa ‘Cum essem Mantue’ sive de actionum varietatibus. Herausgegeben von ...* (Greifswald: Druck von Julius Abel, 1897), 61 [§ 257]: “Et sciendum est, quia locatur alias res, ut domus, alias opera, ut exceptoris. [...]”; AZONIS (fl. ca. 1150-1250), *Summa aurea, id est, locuples iuris civilis Thesaurus ... Pars prima* ([Lugduni (= Lyon)]: In officina Franc. Fabri Lugdun. et Iacobi Stoer, 1596), 614 [ad CJ. 4,65], núm. 1: “Est autem locatio, personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda, et conventa: [...]”; Goffredus TRANENSIS (¿?-1245) [= Gottofredo da Trani], *Summa super titulis Decretalium* (Lugduni [= Lyon]: Impensis ... Romani Morin, 1519 [Reedición anastática: Aalen: Scientia Verlag, 1968]), fol. 136vb = 274 [ad X 3,18], núm. 1: “Locatio est persone vel rei ad usum facto concessio mercede in pecunia numeranda conventa. [...]”; Angeli [Carleti] de CLAVASIO (1411-1495), *Summa angelica de casibus conscientie correcta secundum primum exemplar ipsius Re[verendi] Pa[tris] Fra[tris] ...* (Lugduni [= Lyon]: A Jacobo Huguetano, 1512 [orig. 1488]), fol. 222vb [Locatio, pr.]: “Locatio est persone vel rei ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa. [...]”; MANTICAE (1534-1614), *Vaticanae lucubrationes ...*, I, 310 [cap. 5,1], núm. 2: “Locatio autem et conductio diffinitur, ut sit personae vel rei ad usum facta concessio, certa mercede in pecunia numerata constituta, ut tradit Azo in Summa C. eod. [= Azo, *Summa Codicis*] et aliis, quos refert Alberi. in rub. ff. de locat. et cond. [= Albericus de ROSATE, *Commentarii in secundam Digesti Veteris partem*].”; Petri PACIONI (ca. 1635-1700), *Tractatus de locatione et conductione ...* (Venetiis [= Venecia]: Ex typographia Balleoniana, 1721), 1 [cap. 1,1], núm. 2: “Locatio et conductio est personae, reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda conventa, quam tradidit Azo [Azo., *corr.*]

rei et operae (79) cuya naturaleza será necesario aclarar. Así,

in sua Sum. [= *Azo, Summa Codicis*] hoc tit. de loc. et conduc. núm. 1 et approbarunt Rot. in dec. 37, núm. 20, p. 2 divers. Molphes. ad consuet. Neap. [= *Andrea MOLPHESIUS, Commentaria ad consuetudines Neapolitanas per quaestiones distributa*] p. 14, q. 1, núm. 1 et alii communiter, ut testatur Caroccius [= *Vincentius CAROCIUS, Tractatus locati et conducti*] ubi supra et Fulgin. de Jur. Emphyt. [= *Franciscus FULGINEUS, Tractatus de jure emphyteutico*] in praelud. q. 1, n. 20 eique aliqua tantum verbo addo, dicoque locatio, et conductio est contractus bonae fidei, in quo persona, resve ad usum alteri conceditur pro certa mercede in pecunia numeranda conventa.” (Hemos identificado las fuentes y obras citadas entre corchetes). Para una definición anómala en que se prescinde de la *locatio conductio operae*, vid. Pierre LEGENDRE (ed.), *La Summa Institutionum 'Iustiniani est in hoc opere' (Manuscript Pierpont Morgan 903). Éditée par ...* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1973), 110 [ad IJ. 3,24 ; cap. 3,15]: “[...]. Locatio est res ad usum data certa constituta mercede. Conduccio est res ad usum accepta certa constituta mercede. [...]”. Para apreciar la falta de autonomía de la *locatio conductio operis* al quedar subsumida en la *locatio conductio operae*, vid. Rolandini RODULPHINI (ca. 1217-1300) [= Rolandinus de Passageriis], *Summa artis notariae ... Huic accesserunt Philippi Decii Consilium de reprobatione instrumenti, Iacobi Butrigarii Renuntiationibus iuris civilis, Ioannis Iacobi Canis De tabellionibus libellus ...* (Lugduni [= Lyon] : Apud Ioannem Huguetan, 1565), 380-383 [cap. 1,5]: “Instrumentum locationis operarum ad opus scripturae faciendae.”.

(79) *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum commentariis Accursii, scholiis Contii, et D. Gothofredi lucubrationibus ad Accursium, in quibus Glossae obscuriores explicantur, similes et contrariae afferuntur, vitiosae notantur ... I. Digestum Vetus ... Studio et opera Ioannis Fehi* (Lugduni [= Lyon]: Ex typographia Irenaei Barlet, 1627), cols. 1830-1831, glossa “Personis” ad D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.): “[...] Locat quis quandoque res, quandoque operas, quandoque rem, et operam. [...] ut dicitur de eo, qui munere vehedi functus non est: ut C. loc. l. si hi [= *CJ. 4,65,14 (Val. et Gal., 259)*] et in hanc l. § item cum quidam [= *D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)*] et C. de conduct. ob cau. l. advocacionis [advocationu., corr.] [= *CJ. 4,6,11 (Dio. et Max., 294)*] IR[NERIUS]. [...]” (En el margen derecho, hay la siguiente nota cuya llamada está en el inicio de esta *distinctio*: “Locationis genus triplex: rei, operae, utriusque.”) (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes). En la medida que esta *distinctio* está firmada por Irnerio, el interés y la reverencia hacia la *lucerna iuris* ha atraído –por diversos motivos– la atención de los juristas durante siglos: Rofredi BENEVENTANI, (¿?-post 1243) [= Roffredo Epifanio da Benevento], *Tractatus libellorum ...* (Argentinae [= Strasbourg]: Expensis Petri Trach, 1502), fol. 73ra [pars IV, tit. De actione ex locato] para quien “dominus Yr[nerius] facit optimam distinctionem [...]” y luego incluye el texto; Friedrich Carl von SAVIGNY, *Geschichte des römischen*

pues, la bipartición explícita convivía con una tripartición

chen Rechts im Mittelalter. IV. Das zwölfte Jahrhundert (Heidelberg: J.C.B. Mohr, 1850²), 469-470 transcribe la versión de Rofredo; Gustav PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius von ...* (Greifswald: Verlag und Druck von Julius Abel, 1888), 70-71 edita la versión del manuscrito Par. 4603, dist. 30; Emil SECKEL, *Distinctiones Glossatorum* (Graz: Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1956 [orig. 1911]), 326 indica los cinco manuscritos en que halla dicha *distinctio*. Para el uso posterior de esta categoría de *locatio conductio rei et operae*, vid. AZONIS (fl. ca. 1150-1250), *Summa aurea ... Pars prima*, 621 [ad CJ. 4,65], núm. 36: “[...] Et ita patet ex his casum fortuitum locatori corporis nocere in mercede, ne habeat eam nisi pro rata. Secus autem video in eo, qui locat operas suas tantum, vel locat rem et operam, vel accipit speciem ex innominato contractu, ut aliquid faciat. [...]”.; INNOCENTII IV (ca. 1195-1254) [= Sinibaldo dei Fieschi], *Commentaria ... super libros quinque Decretalium ...* (Francofurti ad Moenum [= Frankfurt am Main]: Sigismundus Feyerabendt, 1570), fol. 393ra [ad X 3,18,3], núm. 2; Henrici a SEGUSIO Cardinalis Hostiensis (1210-1271) [= Enrico da Susa], *Aurea Summa ...* (Coloniae [= Köln]: Sumptibus Lazari Zetzneri, 1612), col. 844 [ad X 3,18], núm. 7; Iacobi BUTRIGARII (ca. 1274-1347), *In primam et secundam Veteris Digesti partem* (Romae: Typis Lepidi Fatii, 1606 [Reedició anastática: Bologna: Arnaldo Forni editore, 1978]), II, 263-264 [ad D. 19,2,15,6], n. 2; Alberici de ROSATE (ca. 1290-1354/1360), *Commentarii in secundam Digesti Veteris partem* (Venetiis: Società dell’aquila che si rinova, 1585 [Reedició anastática: Bologna: Arnaldo Forni editore, 1977]), fols. 155rb-156rb [ad D. 19,2,15,6]; BARTOLI [A SASSOFERRATO] (1314-1357), *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem* (Lugduni [= Lyon]: Excudebat Claudius Servanius, 1555), fols. 142va-143va [ad D. 19,2,15,6]; BALDI UBALDI (1314-1400), *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria* (Venetiis [= Venecia]: Apud haeredes Georgii Varisci, 1615), fol. 150r-v [ad D. 19,2,15,6]; Bartholomaei a SALYCETO (1330-1412), *In secundam ff. [= Digesti] Veteris partem Commentaria* (Venetiis [= Venecia]: Società dell’aquila che si rinnova, 1586), fols. 121vb-122rb [ad D. 19,2,15,6]; Pauli CASTRENSIS (1360-1438), *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria* (Venetiis [= Venecia]: [Apud Iuntas], 1582), fols. 130rb-vb [ad D. 19,2,15,6]; MANTICAE (1534-1614), *Vaticanae lucubrations ...*, I, 311 [cap. 5,1], núm. 12: “Locatio autem in plures species distinguitur: namque alia est rerum, alia operarum, alia rerum et operarum, glos. magistral. in l. si uno § item si post ff. eod. [= D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)]. Accedit etiam quartum membrum, quod Paul. Cast. [= Pauli CASTRENSIS, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*] ibidem adiecit, quando scilicet opus alicui faciendum conceditur, l. opus, [= D. 19,2,36 (Flo. 7 inst.)] et l. insulam § ult. ff. eod. [= D. 19,2,58 (Lab. 4 post. a Iav. epit.)].”; PACIONI (ca. 1635-1700), *Tractatus de locatione et conductione ...*, 3 [cap. 1,1], núm. 36: “Locatio autem propria subdividitur in

implícita sin olvidar una personalísima propuesta de cuatripartición (80).

Para determinar la naturaleza de la locatio conductio rei et operae, deben tenerse en cuenta algunos detalles: según reconoce BALDO DEGLI UBALDI (1314-1400), era una categoría mixta (81); siempre se usaba para calificar supuestos de *locatio conductio operis* (sobre todo, D. 19,2,15,6 [Ulp. 32 ad ed.]) (82) y, finalmente, parece plau-

locationem rerum, et locationem personarum, ut patet ex definitione supraposita, sed glos. in l. si uno § item si post ff. loc. [= D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)] ad maiorem explicationem facit tres species, videlicet ut alia sit locatio rei, alia operarum, alia rerum et operarum simul, et in his tribus speciebus quarta additur a Castrens. [= Pauli CASTRENSIS, *In secundam Digesti Veteris partem commentaria*] in d. § item si post [= D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)], ut alia sit locatio operis, et licet haec additio Castrens. non placeat Molphes. in d. q. 2 n. 1 [= Andrea MOLPHESIUS, *Commentaria ad consuetudines Neapolitanas per quaestiones distributa*] ex quo putat hanc contineri in secunda, vel tertia species, tamen vere differt ab aliis, ut patet ex eis, quae supra dicta sunt de illa, unde non debet displicere, prout non displicet Manticae de tacitis [taciturn., *corr.*] lib. 5 tit. 1 nu. 12 [= Francisci MANTICAE, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros XXVII dispertitae*].”

(80) CASTRENSIS (1360-1438), *In secundam Digesti Veteris partem ...*, fol. 130vb [ad D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)], núm. 13: “Et ex praedictis recollige distinctionem per texto nam glossa ponit tres casus, quod interdum locatur res tantum, interdum opera tantum, interdum res et opera. Adde quartum, quod interdum locatur opus ut infra eodem l. opus [= D. 19,2,36 (Flo. 7 inst.)] de quo nihil tangitur hic in glossa sed dic, ut ibi dixi et in l. Marcius [= D. 19,2,59 (Iav. 5 Lab. post.)] et in l. fi. [= D. 19,2,62 (Lab. 1 pith.)] primus casus subdividitur in quatuor, nam interdum stat per locatorem quominus conductor utatur, interdum per conductorem sine facto locatoris, interdum per tertium, interdum per casum fortuitum. [...]” (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes).

(81) BALDI UBALDI (1327-1400), *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib[ros], ...* (Lugduni [= Lyon]: [Compagnie des libraires de Lyon], 1585), fol. 159rb [ad CJ. 4,65,2 (Ant. 213)], núm. 7: “Si autem mixta est locatio rei et opere, ibi etiam idem dicitur.”

(82) *Vid. supra* nota 79. Como ejemplo explícito, *vid.* ROSATE (ca. 1290-1354/1360), *Commentarii in secundam Digesti Veteris ...*, fol. 155rb [ad D. 19,2,15,6 (Ulp. 32 ad ed.)], núm. 10: “[...] Et ad evidentiam dic quod aliquando locatur res tantum, ut fundus, tunc casus contingens in fundo imputatur domino, ut supra l. proxima § fin. [= D. 19,2,15,2 (Ulp. 32 ad ed.)], quandoque locatur opera tantum et tunc si impeditur casu operam praestare, nihilominus debet totam mercedem recipere, ut infra eo. l. qui operas [= D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)] et supra de assesso. l. diem functo

sible atribuir su carácter mixto a una tentativa –por una vía taxonómicamente poco acertada– de explicar la anómala denominación de las partes contratantes en la *locatio conductio operis*. Como ya pusimos de relieve (83), la posición del *locator operis* se explicaba como la amalgama de los atributos de *locator rei* y *conductor operarum* y, para el *conductor operis*, se conjuntaban los atributos de *conductor rei* y *locator operarum*. Así, pues, es fácil conjeturar que la *locatio conductio rei et operae* se consideraba mixta porque era una mezcla de *locatio conductio rei* y *locatio conductio operae* ya que, como en la *locatio conductio rei*, el *locator operis* aportaba los materiales que eran usados por el *conductor operis* y, como en la *locatio conductio operae*, el *locator operis* pagaba la *merces* como contraprestación del trabajo realizado por el *conductor operis* (84).

[= *D. 1,22,4 (Pap. 4 resp.)*] ubi de hoc, quandoque locatur res et opera simul, ut quia nauta locat navem in qua debet vehere mercatorem, et merces eius: tunc loquitur iste § cum principali suo contrario de l. penul. § navem et infra eod. [= *D. 19,2,61,1 (Scaev. 7 dig.)*]. Et solutio quia ibi fuit culpa conducentis navem, et haec vera, secundum Iac. Butri. [= *Iacobus BUTRIGARIUS, In primam et secundam Veteris Digesti partem*] quia hic solus casus fuit: ibi non, sed culpa conductionis alias conductoris qui imposuit in nave merces illicitas. Contra hoc instatur quod si solus casus interveniat, debeantur merces totales, ut infra eo. l. qui operas [= *D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)*]. Solutio ibi locatur opera tantum, hic et res et opera. [...]” (Hemos identificado las fuentes y obra citadas entre corchetes).

(83) *Vid. supra* nota 32.

(84) Como esta cuestión de la denominación anómala de las partes contratantes en la *locatio conductio operis* es un verdadero río que fluye a lo largo de la tradición jurídica romanista, nos limitamos a indicar algunos ejemplos de juristas renombrados y, por otra parte, citamos por extenso aquellos que ofrecen la explicación indicada. Al respecto, *vid.* AZONIS (fl. ca. 1150-1250), *Summa aurea ... Pars prima*, 614 [ad CJ. 4,65], núm. 2: “Locator ergo dicitur qui eo, quod suum est, alium uti permittit, conventa mercede conductor vero e converso, qui eo, quod aliorum est, utitur conventa mercede. Ergo si domum habere, et te conventa mercede inhabitare permitto, tu conductor, ego locator dicor (ut ff. eod. si tibi [= *D. 19,2,5 (Ulp. 28 ad ed.)*], et l. cum fundus [= *D. 19,2,3 (Pomp. 9 ad Sab.)*] et infra e[odem] l. III [= *CJ. 4,65,3 (Ant. 214)*] et l. nemo [= *CJ. 4,65,6 (Alex. 224)*] et l. conductores [= *CJ. 4,65,33 (Zeno, 484)*]). Tu quoque si operis tuis, mercede conventa, in re mea utaris, diceris locator operarum tuarum, et ego earundem conductor (ut ff. e[odem] l. qui operas [= *D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)*]). Si vero tibi opus faciendum mercede conventa dederis, respectu operis ego locator, tu vero conductor diceris (ut ff. eo[dem] l. item quaeritur § I [= *D. 19,2,13*]).

3.2.2. La bipartición cujaciana

Al hilo del humanismo jurídico y resultado de la aplicación del

(*Ulp. 32 ad ed.*) et § si gemma [= *D. 19,2,13,5 (Ulp. 32 ad ed.)*] et § si fullo [= *D. 19,2,13,6 (32 ad ed.)*] et l. opus [= *D. 19,2,36 (Flo. 7 inst.)*] et quandoque diceris redemptor, ut ff. e[odem] l. qui insulam § qui aedem [= *D. 19,2,30,3 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.)*] et l. ea lege § ult. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*] et infra e[odem] si hi. [= *CJ. 4,65,14 (Val. et Gal. 259)*] et haec est emptio mirabilis in pecunia, et opera cum sumptu) sed respectu operae e converso est, saepe tamen unum pro alio ponimus, ut ff. de actio empt. l. veteres [= *D. 19,1,19 (Gai. ad ed. prae. tit. de publi.)*].” (Hemos indentificado las fuentes citadas entre corchetes); DONELLI (1527-1591), *Commentarii de iure civili ...*, VII, 423-425 [lib. 13, cap. 6, § 5], esp. 424; PACIONI (ca. 1635-1700), *Tractatus de locatione et conductione ...*, 2 [cap. 1,1], núm. 23-24; VOET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas ...*, I, 679 [ad *D. 19,2*], núm. 33; WEGENS, *De locatione et conductione ...*, cap. III, 43-45, núms. 2-8; Georgii Adami STRUVII (1619-1692), *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum, .. II. Pandectarum a libro V usque ad librum XII exclusive ..*, (Jenae: Sumtibus Matthaei Birckneri, 1709 [orig. 1658], Exercitatio XXIV [ad *D. 19,2*], 1662-1718, esp. 1663-1664, núm. 3 (Personae contrahentes): “Ineunt hunc contractuum locator et conductor. Ille in locatione rerum dicitur, qui usum rei pro mercede praestat, v[erbi] g[ratia] dominus aedium. Hic vero, qui usum concessum percipit, et mercedem solvit, v[erbi] g[ratia] aedes inhabitans. In locatione operae locator dicitur, qui operas locat, seu qui alteri suas exhibet operas ; conductor, cui operae praestantur. Quando autem per operas producitur opus, is, qui est locator operarum, l. 11 § pen. [= *D. 19,2,11,3 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 13 § 1. 2. h. [= *D. 19,2,13,1-2 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 22 § 2 h. [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)*], l. 26 h. [= *D. 19,2,26 (Ulp. 2 disp.)*], l. 38 h. [= *D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)*], l. [1] de aestim. act. [= *D. 19,3,1 (Ulp. 32 ad ed.)*] ratione illius operis faciendi est conductor operis, quod scilicet ipsi concedatur illud faciendum scilicet quod suscepit faciendum § pen. J. h. [= *IJ. 3,24,5*], l. 22 § 2 h. [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)*], l. 11 § 3 [= *D. 19,2,11,3 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 13 § 1 [= *D. 19,2,13,1 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 19 § 7 h. [= *D. 19,2,19,7 (Ulp. 32 ad ed.)*], l. 1 d. aestim. act. [= *D. 19,3,1 (Ulp. 32 ad ed.)*] et qui est conductor operarum, est locator operis, quod, sibi faciendum alteri elocavit. Ita faber est conductor domus aedificanda, et locator suarum operarum; dominus est locator domus extruendae, et conductor operarum fabrilium d. l. 22 § 2 h. [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)*] et alleg. text..” (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes); Josepho Adamo AYBLINGER (1664-1722), *Commentarius ad quinquaginta libros Digestorum, seu Pandectarum scientifica methodo concinnatus, ac Justinianeus juris principia monitis hodierni usus hinc inde attemperans. Authore ... Opus posthumum*, (Augustae Vindelicorum [= Augsburg]: Sumptibus Martini Veith, 1746²), 527

método filológico (85), el siglo XVI registraba la aparición de un nuevo paradigma sistemático sobre la *locatio conductio*. Pergreñado por

[ad D. 19,2], núm. 3: “Quaestio I. Quis in hoc contractu locator dicatur, quis conductor?. Respondeo locationem rerum secernendam esse a locatione operarum. In locatione rerum locator dicitur is, qui pecuniam pro usu rei accipit; conductor, qui pecuniam solvit. Locatio operarum est vel locatio simplicium, vel operarum, per quas opus producitur. In locatione operarum simplicium locator is dicitur, qui pro operis mercedem accipit. Conductor, qui mercedem solvit. Sic v[erbi] g[ratia] si famulum assumas, famulus dicitur locator, tu conductor. In locatione operarum, per quas opus producitur, idem diverso respectu dici potest locator et conductor: Locator operis, conductor operarum, et vice versa locator operarum, et conductor operis. Sic v[erbi] g[ratia] si faber murarius domum extruendam in se recipiat, potest diverso respectu dici locator, et conductor: locator respectu operarum, conductor respectu operis. Similiter Dominus, qui domum extruendam committit, potest dici locator respectu operis, conductor respectu operarum.”; Jacobi Friderici LUDOVICI (1671-1723), *Usus practicus distinctionum juridicarum, juxta ordinem Digestorum adornatus. II. Libros a XIV usque ad XXVII [XXIIX, corr.] complectens ...* (Halaë Magdeburgicae [= Halle an der Saale]: Sumptibus Orphanotropei, 1717³), 69-70 [ad D. 19,2], dist. 2 (Inter locationem operarum et operis): “Locationem operarum vocant, quando operae nudaë et indeterminatae, v[erbi] g[ratia] a famulis nostris et ancillis promittuntur; operis vero, quando operae ad certum aliquod opus perficiendum sunt destinatae, v[erbi] g[ratia] ut faber lignarius, vel murarius, integrum aedificium, aut partem aliquam extruat. Jam ulterius ita pergunt DD. in locatione operarum is dicitur locator, qui usum rei, vel operas praestat, et mercedem accipit, conductor vero, qui pro usu rei vel opera mercedem solvit. Sed in locatione operis, qui est locator operae suae, *der seine Arbeit verdinget*, ille dicitur conductor respectu operis faciendi, v[erbi] g[ratia] aedium; qui vero est conductor operae, *der etwas machen sätzt*, ille dicitur locator respectu operis, *des Dinges das Er machen sätzt*, et hic mercedem solvit, ita hoc explicat Rebhan. Hodeg. jur. chart. 2, clim. 4 § 10 [= *Johannes REBHAN, Hodegeta juris*] et ex eo Hopp. Exam. J. h. t. qu. 3 [= *Joachimus HOPPIUS, Examen Institutionum Imperialium*] alique. Subtilia inventa, fateor, sed ita subtilia, ut propter subtilitatem suam omnem in foro utilitatem amiserint. An enim exinde, quod locator operae intuitu operis, ad quod operas suas locat, conductor vocatur, novum jus, aut nova obligatio, aut alius aliquis novus atque peculiaris effectus profluit?. Ego sane hactenus non vidi ullum, qui hoc demonstrasset. Hinc sufficere potest, modo quis sciat: locatorem vocari illum, qui mercedem accipit, [conductorem autem, qui mercedem solvit,] et hoc sine distinctione, utrum locatio opera[rum, operis, aut rerum adsit].” (Hemos identificado las obras citada entre corchetes y, también entre corchetes, hemos restituído a su debido lugar las líneas que, por un error de imprenta, fueron intercambiadas).

(85) Sobre el humanismo jurídico y el papel central del método

Jacques CUJAS (1522-1590) y sin abdicar del carácter unitario de la institución, este paradigma de nuevo cuño se presentaba también como una bipartición (que, en honor a su formulador, hemos bautizado como bipartición cujaciana) consistente en distinguir dos *species* de *locatio conductio*: *utendi* y *faciendi* (86).

Para entender su origen y sentido, debemos recordar que durante siglos generaciones enteras de juristas se habían contentado con un apaño (87) ante el enigma planteado por la anomalía de la denominación de las partes contrantes en la *locatio conductio operis*: ¿cómo explicar que, en el seno de la misma institución, las fuentes romanas usaran una nomenclatura que, sin motivo aparente, intercambiaba los papeles contractuales? Cabe suponer que gracias a sus conocimientos filológicos (88), Cujas encontró una vía: en todos

filológico en el mismo, *vid.* Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna: Società editrice Il Mulino, 1987), 193-207.

(86) Iacobi CUIACII (1522-1590), *Paratitla in libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum Imperatoris Iustiniani, opus ...* (Coloniae [= Köln]: Apud Ioannem Gymnicum, 1577 [orig. 1569]), 92 [ad D. 19,2]: “[...]. Et est locatio conductio, conventio nuda fruendi faciendive aliquid certa mercede. Locator, qui dat aliquid fruendum vel faciendum. Conductor, qui accipit. [...]”; Iacobi CUIACII (1522-1590), *Paratitla in libros IX Codicis Iustiniani Repetitae Praelectionis. Opus ...* (Parisiis [= Paris]: Apud Ioannem Iost, 1641 [orig. 1579]), 439 [ad CJ. 4,65]: “[...]. Locatio est mutatio usus vel fructus, vel operae cum pretio. Usus in domo, fructus in fundo, operae in homine. Et rursus inter haec duo genera locationis differentia est, nam qui dat aliquid utendum vel fruendum, pretium accipit; qui dat aliquid faciendum, pretium dat; et uterque tamen dicitur locator, qui dat utendum fruendum vel faciendum, conductor vero qui accipit. [...]”

(87) *Vid. supra* nota 84.

(88) Estrictamente y en terminología actual, la vía cujaciana consistía en tomar el binomio “oferta” y “aceptación” contractual como criterio para distinguir respectivamente entre *locator* y *conductor*. Así lo indica la correlación que Cujas establece entre los verbos *dare* y *accipere* para identificar respectivamente las posiciones de *locator* y *conductor* (*vid. infra* n. 89). En la medida que dicha correlación también se encuentra en la base del significado etimológico de los verbos *locare* y *conducere* y faltando un reconocimiento explícito –que quizás no hemos sabido encontrar–, es verosímil suponer que éste fue el punto de partida de la explicación de Cujas. Sobre la etimología de *locare* y *conducere*, *vid.* A[lfred] ERNOUT et A[ntoine] MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (Paris: Éditions Klincksieck, 1994⁴ [orig. 1932]), 185-186, sv. *dux-duco* y 364-365, sv. *locus*; Émile BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions in-*

los casos, las posiciones de *locator* y *conductor* eran idénticas ya que siempre el *locator* era quien tomaba la iniciativa contractual y, en cambio, el *conductor* era quien la aceptaba (89). Sin embargo, CUJAS tuvo que polemizar con Jean ROBERT (¿?-1590) (90) para que

do-européennes. I. Économie, parenté, société (Paris: Éditions de Minuit, 1969), 155-161.

(89) Iacobi CUIACII (1522-1590), “*In libros Pauli ad edictum commentarii, seu recitationes solemnes*, 1585”, in: *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta ... V. Recitationes solemnes Digestorum* (Mutinae [= Modena]: Excudebat Societas Typographica, 1777), cols. 1-858, esp. 511-512 [ad D. 19,2,20,2 (Paul. 34 ad ed.)] y, en concreto, 512: “[...]. Res sic se habet breviter. Locator est, qui init, inchoat contractum, dans se utendum, exhibensve operas suas, vel dans rem aliquam fruendam, vel dans opus aliquod faciendum: conductor autem est, qui subsequitur, et locatoris conditionem accipit, gratamve et ratam habet. Haec est certa et perpetua definitio locatoris et conductoris, quam nosse magni interest, propterea quod locatori datur actio ex locato: conductori actio ex conducto, nec possis scire cui quaeque actio detur, nisi scias quis proprie sit locator, quis conductor. [...]”; Iacobi CUIACII (1522-1590), *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta ... VII. Recitationes solemnes Digestorum* (Mutinae [= Modena]: Excudebat Societas Typographica, 1779 [orig. 1594]), 807-809 [ad D. 19,5,1-4], esp. 809: “[...]. Varro in 2 de re rustica cap. 2. [= Marcus Terentius VARRO, *De re rustica libri III*] Locatorem et conductorem quidam ita definiunt: locator est, qui mercedem accipit. Conductor, qui dat, ut dominus praedii est locator, inquilinus conductor. Haec definitio falsa est : [...], vera et perpetua definitio haec est. Locator est, qui dat aliquid utendum vel faciendum, qui dat utendum, mercedem accipit, qui faciendum, mercedem dat. Conductor autem est, qui accipit aliquid utendum vel faciendum: qui accipit utendum, dat mercedem: qui dat faciendum, accipit. Sic igitur dicamus. Is qui dat domum utendam, locator est. Is qui dat faciendam, locator etiam est. Contra, qui accipit utendam vel faciendam, conductor est. [...]” (Hemos identificado la obra citada entre corchetes).

(90) Para las principales contribuciones de ambos juristas en esta polémica concreta, *vid.* Iacobi CUIACII (1522-1590), *Observationum et emendationum libri XIII, ...* (Coloniae Agrippinae [= Köln]: Apud Ioannem Gymnicum, 1574), cap. II,28 (De locatoris et conductoris nominum differentia), 75-76; Iohannis ROBERTI (¿?-1590) [= Jean Robert], *Animadversionum iuris civilis libri tres* (Parisiis [= Paris]: Apud Aegidium Beys, 1580), cap. 1,10 (An qui locator, idem et conductor dici possit), fols. 13v-14v; Ant[onii] MERCATORIS [= Iacobi CUIACII] (1522-1590), *Notata ... ad libros animadversionum Iohannis Roberti* (Biturigibus [= Bourges (France)]: Apud Ambrosium Brillard, 1581), cap. X, 22-24. Pero, como ésta no fue la única polémica en que enzarzaron ambos juristas y atendiendo al interés suscitado por las

este logro tuviera difusión junto con el nuevo paradigma sistemático (91). A partir de este fundamento, ya era posible explicar la anoma-

cuestiones discutidas, sus intervenciones se publicaron conjuntamente, *vid.* Iohannis ROBERTI (¿?-1590) et Iacobi CUIACII (1522-1590), *Controversiarum Iohannis Roberti Aurelianensis, et Iacobi Cuiacii Bituricensis, praestantissimorum antecessorum et iurisconsultorum libri IX ...* (Marpurgi Cattorum [= Marburg]: Typis Pauli Egenolphi, 1592).

(91) Sin pretender ser exhaustivos, para los seguidores de esta bipartición cujaciana, *vid.* Matthaei WESENBECII (1531-1586), *Commentaria, quae olim Paratitla, in Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros ...* (Duaci [= Douai (France)]: Ex typographia Ioannis Serrurier, 1640), 240 [ad D. 19,2], núm. 2-3; Matthaei WESENBECII (1531-1586), *Commentarius in Institutionum seu Elementa iuris D. Iustiniani sacratissimi principis libros IIII ...* (Coloniae Agrippinae [= Köln]: Apud Ioannem Gymnicum, 1593), 628-629 [ad IJ. 3,24]; Iohanne BORCHOLTEN (1535-1593), *Commentaria in quatuor Institutionum Iustiniani Imperatoris libros, auctore ...* (Helmstadii [= Helmstedt]: Excudebat Iacobus Lucius-Impensis Ludolphi Brandes Senioris, 1590), fols. 259r-v. [ad IJ. 3,24]; Hermanni VULTEII (1555-1634), *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano compositae libri II* (Marpurgi [= Marburg]: Typis Pauli Egenolphi, 1610⁶), 198 [cap. I,36]; Justi MEJERI (1566-1622), *Pandectae universi iuris civilis, sive Collegium iuridicum Argentoratense, ...* (Argentorati [= Strasbourg]: Sumptibus Eberhardi Zetzneri, 1616), I, 898-899 [ad D. 19,2], núm. 4; Joannis d'AVEZAN (¿?-1666/1669), "Liber contractuum alter, plures tractatus continens", in: *Novus thesaurus iuris civilis et canonici, continens varia et rarissima optimorum interpretum, imprimis Hispanorum et Gallorum opera, ... ex collectione et museo Gerardi Meerman* (Hagae-Comitum [= Hague (Netherlands)]: Apud Petrum de Hondt, 1752), 75-118, esp. 96-103 (II. De locatione et conductione) y, en concreto, 96; Antonii SCHULTINGII (1659-1734), *Notae ad Digesta seu Pandectas. Edidit atque animadversiones suas adjecit Nicolaus Smalldenburgh* (Lugduni Batavorum [= Leiden]: Apud S. et J. Luchtmans, 1820), III, 506 [ad D. 19,2]; Antonii SCHULTINGII (1659-1734), *Jurisprudentia vetus ante-justiniana. Ex recensione et cum notis ... Editio nova, collata cum codicibus antiquissimo Wurceburgensi et Gothano. De illustratione iuris civil[is] antiqui ex lectione classicorum auctorum ...* (Lipsiae [= Leipzig]: Ex officina Weidmanniana, 1737), 167-168 [ad Gl. 2,9 § 15], núm. 88; Everardi OTTONIS (1685-1756), *Ad Fl. Justiniani Pp. Aug. Institutionum, sive Elementorum libros IV a Cujacio emendatos, notae criticae et commentarius ...* (Trajecti ad Rhenum [= Utrecht]: Apud Iacobum van Poolsum, 1729), 451 [ad IJ. 3,24]; Hieronymus Matthaeus BARELS (fl. 1756-1781), *Dissertatio juridica inauguralis de lege Rhodia de jactu, quam favente Divino Numine ex auctoritate Magnifici Rectoris, Bernhardini de Moor, ..., pro gradu Doctoratus, summisque in utroque jure honoribus et privilegiis, rite ac legitime consequendis, eruditum examini subiicit ...* (Lugduni Batavorum [= Leiden]: Apud Samuelem

lía y reconducirla a la normalidad y, de rebote y como consecuencia, quedaba claro que la *locatio conductio* era doble: *usus rei* y *operae hominis* (92) o, mediado cierto grado de abstracción, Cujas prefería utilizar los verbos *utere* y *facere*. En este nuevo paradigma sistemático y gracias a esta reducción de la anomalía, se consumaba la fusión de *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* agrupadas ahora bajo este verbo *facere* o, si se prefiere, se había logrado la bipartición completa y sin grietas.

Posteriormente, esta operación de agrupamiento comportó destacadas y significativas repercusiones en la órbita jurídica francesa. Así, Jean DOMAT (1625-1696) usaba la bipartición entre *louage de choses* y *louage de travail* y su definición de *louage de travail* estaba tan absolutamente escorada hacia la *locatio conductio operis* que no había ni rastro ni recuerdo para la *locatio conductio operarum* (93). En el mismo sentido, Robert Joseph POTHIER (1699-1772) se basaba

et Johannem Luchtmans, 1756), 30-31. Para quien conoce el logro pero, desde el punto de vista sistemático, distingue literalmente y *tout court* entre *locatio rerum* y *locatio operarum*, vid. Gerardi NOODT (1647-1725), *Operum omnium. II. Commentarium in D. Justiniani Sacratissimi Principis libros XXVII Digestorum sive Pandectarum ...* (Lugduni Batavorum [= Leiden]: Apud Joannem Arnoldum Langerack, 1735²), 421 [ad D. 19,2].

(92) VULTEII (1555-1634), *Jurisprudentiae Romanae a Justiniano ...*, 198 [cap. I,36]: “[...]. Unde locatio conductio duplex est, una usus rei, altera operae hominis. [...]”.

(93) [Jean] DOMAT (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le Droit public, et Legum delectus, par M. ...* (Paris: Chez Nyon aîné libraire, 1777), I, 61 [cap. 4,1], núm. 1-2: “1. Le louage en général, et y comprenant toutes les especes de baux, est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail (b) pendant quelque temps pour un certain prix.” (en la nota b cita D. 19,2,22,1 (Paul. 34 ad ed.): “Quoties faciendum aliquid datur, locatio est.”) 2. Celui qui baille une chose à jouir s'appelle le bailleur ou le locateur, et on donne ces mêmes noms à celui qui donne à faire quelque ouvrage ou quelque travail; celui qui prend une jouissance pour un louage ou une ferme s'appelle le preneur ou le conducteur, de même que celui qui entreprend un travail ou un ouvrage, qu'on appelle aussi entrepreneur. Mais dans les louages ou prix faits du travail et de l'industrie, les ouvriers ou entrepreneurs tiennent aussi en un sens lieu de locateurs; car ils louent et baillent leur peine.”; 70 (cap. 4,7), núm. 1: “Dans les baux à prix fait, et autres louages du travail des ouvriers, le bailleur est celui qui donne l'ouvrage ou le travail à faire; et le preneur ou entrepreneur est celui qui entreprend le travail ou l'ouvrage.”

en la bipartición cujadiana (94) y su visión del *louage d'ouvrage* también se circunscribía absolutamente en la *locatio conductio operis* (95) pero con una leve concesión a la tradición: en el problema de la determinación de las partes contratantes, mantenía una posición ecléctica entre las perspectivas tradicional y cujadiana según la cual aún explicaba la posición de las partes del modo tradicional (el *locator operis* era *conductor operarum* y, a su vez, el *conductor operis* era *locator operarum*) y, en el momento de escoger las acciones, se debía tener en cuenta si era más *locator* o más *conductor* y, para decidirlo, se debía recurrir al criterio cujadiano de quien tomaba la

(94) Robert Joseph POTHIER (1699-1772), *Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae: cum legibus Codicis, et Novellis, quae Jus Pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant. ... I. Prolegomena seu praefationem, et viginti-duos priores libros* (Lugduni [= Lyon]: Sumptibus Bernuset et sociorum, 1782), 533 [ad D. 19,2], núm. 1: "Locatio-conductio est contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio convenit. [...]"; 533 [ad D. 19,2], núms. 2-3: "2. [...]. Igitur tria duntaxat hunc contractum constituunt: res quae fruenda aut facienda conceditur; pretium quod pro ea fruenda aut facienda dari convenit; et consensus circa supra dicta. 3. Rem quam dicimus ad substantiam hujus contractus pertinere, non stricte accipit. Nam non solum res, sed et operae locari possunt; et quidem etiam liberi hominis operae. [...]."

(95) Robert Joseph POTHIER (1699-1772), "Traité du contrat de louage", in: *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français. Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin, ... augmentée d'une dissertation sur la vie et les ouvrages de ce célèbre jurisconsulte, par les mêmes ...* (Paris: Pichon-Béchet libraire, 1827), III, 231-441, esp. 391-392, núm. 392-393: "392. Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer. La partie, qui donne à l'autre l'ouvrage à faire, s'appelle le locateur, *locator operis faciendi*; celle, qui se charge de le faire, s'appelle le conducteur, *conductor operis*. [...]. 393. Le contrat de louage d'ouvrage diffère principalement du contrat de louage de chose, en ce que c'est l'usage d'un chose accordée pour un certain prix au conducteur qui fait la matière de celui-ci, et que c'est un ouvrage donné à faire qui fait la matière de celui-là. Dans l'un, *res utenda datur*; dans l'autre, *res facienda datur*. Dans le louage des choses, c'est le conducteur qui s'oblige de payer le prix du louage au locateur; contra, dans le louage d'ouvrage, c'est le locateur qui s'oblige de payer le prix du louage au conducteur. [...]."

iniciativa contractual (96). Esta concepción del *louage d'ouvrage* de POTHIER se traspasó al *Code civil des Français* (1804) en el que la definición general del *louage d'ouvrage* era esencialmente la definición de la *locatio conductio operis* (97) y, desde aquí, pasó al *Codice civile del Regno d'Italia* (1865) (98). Después de este particular trayecto, el estudio del arrendamiento codificado por parte de los juristas franceses e italianos se convirtió en una tarea árdua: debieron entresacar la definición de la *locatio conductio operarum* a

(96) POTHIER (1699-1772), *Pandectae Justinianae*, ..., 536 [ad D. 19,2], núm. 15: "Quum res fruenda locatur, ambiguum non est uter locator dici debeat, et uter proinde sit conductor. Quum autem aliquid faciendum locatur, uterque contrahentium videtur locator et conductor: qui locat opus faciendum, est locator operis et conductor operarum opificis; opifex, est conductor operis et suarum operarum locator. Non tamen utrique utraque actio competit: sed ei duntaxat qui principaliter locator est, actio Locati; ei qui magis conductor est quam locator, actio Conducti. Is autem principaliter videtur locator esse, qui contractuum inchoat; conductor autem videtur qui subsequitur, et conditionem sibi oblatam accipit et ratam habet. Ita Cujacius; et haec valde notanda."

(97) *Code civil des Français. Édition originale et seule officielle* (Paris: Imprimerie de la République, An XII-1804), 312: "Art. 1710. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles"; 323: "Art. 1779. Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1.º Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2.º Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3.º Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés"; 323: "Art. 1780. On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée"; 323-324: "Art. 1781. Le maître est cru sur son affirmation, Pour la quotité des gages; Pour le paiement du salaire de l'année échue; Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante."

(98) *Codice civile del Regno d'Italia corredato della relazione del Ministro Guardasigilli fatta a S. M. in udienza del 25 giugno 1865* (Torino-Firenze: Tipografia eredi Botta-Tipografia Reale, 1865), 274: "Art. 1570. La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede"; 284: "Art. 1627. Vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1.º Quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2.º Quella dei vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3.º Quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo"; 284: "Art. 1628. Nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa."

partir de unas definiciones codificadas que, en el fondo, expresaban la definición de la *locatio conductio operis* (99).

Visto lo anterior y como resulta extraño este oscurecimiento y olvido de la *locatio conductio operarum*, PLANIOL [y siguiéndole FIORI (100)] lo atribuyó a que los juristas –leáse sobre todo Pothier como puente hacia el *Code civil* (101)– se encontraron una situación histórica peculiar: en la medida que estaban reguladas por los gremios y las ordenanzas reales, las relaciones laborales fueron consideradas “matière de police” y, como derecho administrativo, quedaron marginadas de la codificación civil (102). Pero, si más allá de la

(99) Como ejemplos, *vid.* Louis Vincent GUILLOUARD (1845-1925), *Traité du contrat de louage. Livre III, titre VIII, du Code civil. II. Articles 1752 à 1831* (Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel éditeurs, 1887²), § 686, 206; Emidio PACIFICI-MAZZONI (1834-1880), *Istituzioni di Diritto civile italiano. III.2. Delle obbligazioni e dei contratti in genere. Del contratto di matrimonio, della vendita, della permuta, dell'enfiteusi e del contratto di locazione* (Firenze: Stabilimento di G. Pellas editore, 1869), § 396, 445-446; Emidio PACIFICI-MAZZONI (1834-1880), *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza. IV. Trattato delle locazioni* (Modena: Tipografia di Carlo Vincenzi, 1869), § 265, 332.

(100) *Vid.* FIORI, *La definizione ...*, VII. § 1, 308 y nota 11 remitiendo a Planiol (al respecto, *vid. infra* nota 102).

(101) *Vid.* André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1969), 111-114 y 163-167, esp. 167: “Avec lui [= Pothier], c'en est fini des vieilles méthodes, et l'on a bien raison de dire qu'il est 'le père du Code civil': il avait porté le Droit à une telle perfection que ses successeurs pouvaient s'essayer directement à des projets de Code.”

(102) En efecto, Planiol trata de explicar el “Silence presque complet du Code Napoléon” sobre el trabajo asalariado (*louage de travail*) argumentando que no fue culpa de los redactores del *Code civil* sino de la tradición jurídica anterior por varias razones: el derecho romano no podía servir de guía porque sólo había conocido el trabajo esclavo; en el Antiguo Régimen, el trabajo industrial estaba regido por los reglamentos gremiales y las “ordonnances royales” para las “manufactures privilégiées” y, en ambos casos, se la consideraba una “matière de police” antes que jurídica y, por lo tanto, los juristas se centraron en la materia jurídica con que se encontraron: “le louage des domestiques, matière infertile et petite, surtout dans ce temps-là” y además, justo antes del *Code civil*, se promulgó la “loi du 22 germinal an XI” [= 12.04.1803] dedicada a regular el trabajo industrial para sacar de la ruina la industria y, en el mismo sentido anterior, los juristas lo consideraron “une affaire d'administration et de police, et qu'ils

primera impresión (103) tenemos en cuenta una peculiaridad de la obra de POTHIER que les pasó inadvertida a PLANIOL y FIORI (104), quizás sea posible mejorar su hipótesis añadiendo cierta insospechada influencia de la bipartición cujaciana: resaltando las puntuales dife-

n'avaient pas à revenir, dans un Code civil, sur des points réglés para une loi administrative tout fraîche.” (Marcel PLANIOL (1853-1931), *Traité élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit. II. Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Privilèges et hypothèques* (Paris: Librairie Cotillon-F. Pichon successeur éditeur, 1902²), §§ 1828-1829, 567-568).

(103) En principio, la distribución del *Traité du contrat de louage* de Pothier da la impresión referida (es decir, la desaparición de la *locatio conductio operarum*): en primer lugar, hay un extenso bloque dedicado al *louage des choses* [POTHIER (1699-1772), *Traité du contrat de louage ...*, III, 231-441, esp. 231-390 (caps. 1-6)]; en segundo lugar, le sigue un escueto bloque dedicado al *louage d'ouvrage* (es decir, el contrato de obra) [POTHIER (1699-1772), *Traité du contrat de louage ...*, III, 231-441, esp. 391-418 (cap. 7)] y, finalmente, el resto es un apéndice titulado “De quelques espèces de contrats ressemblans au contrat de louage” [POTHIER (1699-1772), *Traité du contrat de louage ...*, III, 231-441, esp. 419-441].

(104) Si nos empecinamos en hallar cualquier referencia al contrato de servicios en la obra de Pothier, descubrimos lo siguiente: hay algunas escasas menciones en el *Traité des obligations* (Robert Joseph POTHIER (1699-1772), *Oeuvres de Pothier. Traité des obligations* (Paris: Dabo Jeune libraire, 1825 [Reedición anastática: Barcelona: Banchs editor, 1974]), II, 174 [cap. 3,8,4,2], § 710 y 243-245 [cap. 4,2,8], § 828) y, destruyendo la primera impresión (*vid. supra* nota 103), un tratamiento expreso –aunque no muy extenso– del tema se encuentra en el *Traité du contrat de louage* pero en un lugar inesperado: aparte de un párrafo aislado, la mayor parte está incluida bajo el epígrafe “Application au louage des services des ouvriers et serviteurs” dentro del análisis “Des engagements du conducteur” en el *louage des choses* [POTHIER (1699-1772), *Traité du contrat de louage ...*, III, 231-441, esp. 235-236 (cap. 1,2,1,2), esp. 235, § 10: “(...) Un homme libre n'est pas susceptible du contrat de vente, mais il peut louer ses services. Observez néanmoins qu'il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent, qui soient susceptibles du contrat de louage, tels que ceux des serviteurs et servantes, des manoeuvres, des artisans, etc. (...)” y, sobre todo, 302-306 (cap. 3,1,2,4) §§ 165-177]. Sin tener consciencia de lo que significaba, esta particularidad fue puesta de relieve ya hace bastantes años, *vid.* Manuel ALONSO OLEA, “Breve nota sobre el arrendamiento de servicios en Pothier, junto con la traducción de algunos pasajes del mismo”, in: *Revista de Política Social*, núm. 117 (enero-marzo 1978), 185-195.

rencias en un epígrafe a propósito, era posible subsumir la explicación de la *locatio conductio operarum* dentro del *louage de choses* porque, respecto a lo demás, eran simétricas (105) y, en cambio, lo mismo era imposible respecto el *louage d'ouvrage*. En el fondo, una solución expositiva *ad hoc* –quizás bastante peregrina si quien escribe no advierte al lector– para salvar la sistemática bipartita de la institución.

3.2.3. La bipartición subdividida

A mediados del siglo XVII y básicamente en el ambiente jurídico del llamado *Usus modernus Pandectarum* (106), surgió y se desa-

(105) La operación inversa –pero, de hecho, también basada en esta misma simetría– la tuvieron que realizar los juristas posteriores a las codificaciones francesa e italiana para reconstruir o, mejor dicho, casi construir el arrendamiento de servicios a partir de las migajas incluídas en los respectivos códigos (*vid. supra* nota 99) y así lo justificaban, *vid. PACIFICI-MAZZONI* (1834-1880), *Istituzioni di Diritto civile italiano. III.2. ...*, § 396, 446: “[...]. Ma prima di entrare in merito, dobbiamo fare questa avvertenza che le regole esposte sulla locazione delle cose sono applicabili, per quanto lo consente il soggetto, e tenuto debito conto delle differenze, alle locazioni delle opere, imperocchè sono contratti della stessa natura (3).” En la nota 3, cita: “Nostro Trat. n. 273.” y, para el lugar citado, *vid. PACIFICI-MAZZONI* (1834-1880), *Codice civile italiano commentato ... IV. Trattato delle locazioni ...*, § 273, 340: “Ma prima di entrare in merito, dobbiamo fare questa avvertenza che le regole esposte sulla locazione delle cose sono applicabili, per quanto lo consente il soggetto, e tenuto debito conto delle differenze, alle locazioni delle opere, imperocchè sono contratti della stessa natura, e per questa ragione il Tribuno Mouricault, iocando del laconismo della legge intorno a questo contratto potè dire che on peut suppléer les développements, para l’application de celle des règles générales énoncées dans le précédent chapitre, qui sont de nature à régir également ce contrat.”

(106) Aunque no deja de ser un propósito difícil, para una caracterización del *Usus modernus Pandectarum*, *vid. Franz WIEACKER, História do Direito privado moderno. Tradução de A[ntonio] M[anuel] Botelho Hespanha* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004³ [orig. 1967]), §§ 12-13, 225-249; [Erich] MOLITOR et [Hans] SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado. Traducción de Ángel Martínez Sarrión* (Barcelona: Bosch casa editorial, 1979 [orig. 1975]), 40-42; Gerhard WESENER et Gunter WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa. Traducción de la 4.ª edición alemana por José Javier de los Mozos Touya* (Valladolid: Editorial Lex Nova, 1998 [orig. 1985⁴]), § 17, 183-193; Ulrich

rolló otro paradigma sistemático sobre la *locatio conductio* que, aunque sea incidentalmente, ya hemos tenido ocasión más arriba de bautizar como la bipartición subdividida. Como los anteriores, este paradigma mantenía la visión unitaria de la institución (107) pero, a diferencia de los anteriores, utilizaba el objeto de la obligación (108) como criterio taxonómico y la *divisio locationis* resultante era más compleja porque constaba de dos niveles: en el primero, se distinguía entre *locatio conductio rei* y *locatio conductio operae* y, en el segundo, la *locatio conductio operae* se subdividía entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* (109).

Para agilizar la exposición de su trayectoria histórica, hemos creado el siguiente *stemma* sobre la bipartición subdividida. Para su con-

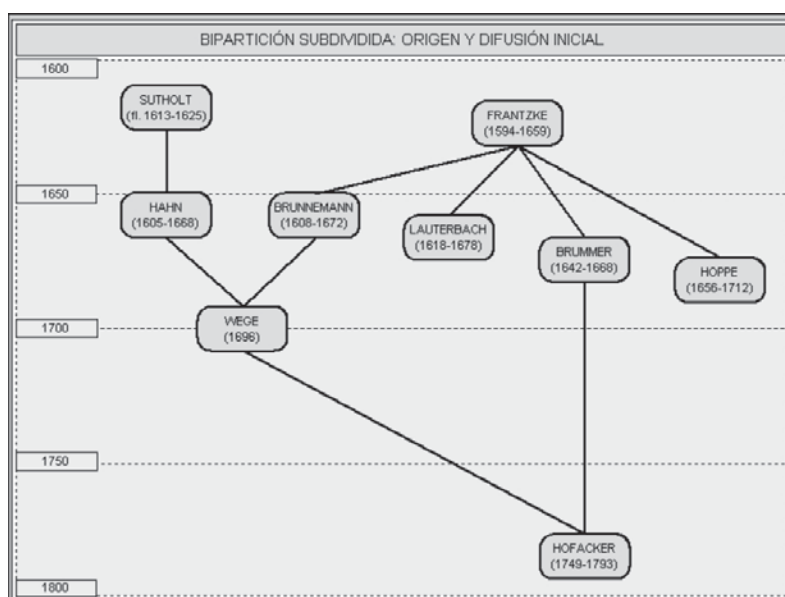
EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte* (München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999³ [orig. 1984]), § 28, 173-182; Karl KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte* (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2001³ [orig. 1989]), 9-12; Stephan MEDER, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung* (Köln-Weimar-Wien: Böhlau Verlag, 2005² [orig. 2001]), 232-238.

(107) Para evidenciar la visión unitaria de la institución, resulta muy significativa la estrategia expositiva creada por Struve de plantear las obligaciones de las partes contratantes mediante dos dobles parejas de posiciones simétricas (*locator operarum* = *conductor operis* y *conductor operarum* = *locator operis*) (STRUVE (1619-1692), *Syntagma Jurisprudentiae* ..., II, Exercitatio XXIV [ad D. 19,2], 1662-1718, esp. 1705-1707, núms. 20 y 21: "20. Obligatio locantis operas seu conducentis opus, consistit ... [...]. 21. Conductor operarum, et locans opus, obligatus est, ... [...]."). Para una explicación de este artificio retórico por parte del mismo autor, *vid.* STRUVE (1619-1692), *Jurisprudentia Romano-Germanica* ..., 371 [cap. 3,12], núm. 2 (para este texto, *vid. infra* nota 123).

(108) *Vid. supra* nota 72 y lo dicho en el texto tomándola como fundamento.

(109) Asumiendo el riesgo de caer en cierta repetición, conviene fijarnos en la correlación existente entre los niveles definidos y el objeto de la obligación utilizado como criterio en cada uno de ellos (en el primero, *usus rei* frente a *operae* y, en el segundo, *operae* frente a *opus*) para darnos cuenta que, desde un punto de vista taxonómico, la recurrencia de las *operae* en ambos niveles significa que el segundo era una subdistinción del primero y, a su vez, implica que la segunda parte del primero era una categoría vacía. Y, por lo tanto, este diseño podía ser leído y entendido sin dificultad como una tricotomía (*usus rei*, *operae* y *opus*) y el resultado obtenido hubiera sido equivalente. Sin embargo, esta eventual tricotomía no puede ni debe confundirse con la tripartición porque presupone mantener o, si se prefiere, no abdicar de la visión unitaria de la institución.

fección y como se verá, hemos tenido en cuenta muchos más juristas pero nos hemos ceñido a los representados por varias razones. La enorme difusión de este paradigma en la órbita jurídica germánica hacía impracticable la tarea de abarcar a todos los prosélitos y, además y sobre todo respecto a los representantes tardíos, hubiera sido difícil establecer filiaciones porque su opción metodológica les llevaba a citar sólo las fuentes. Así, pues, nos hemos centrado en el origen y difusión inicial porque, mediante las remisiones doctrinales, era posible reconstruir la “genealogía” científica y, evidentemente, obteníamos una pieza esencial para trazar luego la trayectoria histórica del paradigma.



Aunque reconocemos su importancia, conviene no exagerar el valor del *stemma* trazado porque sólo establece –que, en este caso, ya es mucho– una directriz de trabajo y, de ningún modo, nos ahorra la árdua tarea de analizar las diferentes contribuciones. Como muestra el *stemma*, la formación de la bipartición subdividida debe atribuirse a dos ancestros: Bernhard SUTHOLT (fl. 1613-1625) (110)

(110) Bernhardi SUTHOLT (fl. 1613-1625), “Dissertatio XV. De contractibus qui solo consensu ineuntur, quasi contractibus, et modis tollendarum obligationum. Ad titulum 23 et reliquos sequentes lib. 3 Institut.”, in: *Dissertationes undeviginti, quibus universum jus Institutionum ex principiis explicatur, ...*, (Lugd[uni] Batavorum [= Leiden]: Ex officina Elzeviriorum, 1633² [orig. 1623]), 402-422, esp. 410, núms. 33-415, núm. 53 (*locatio conductio*)

y Georg FRANTZKE (1594-1659) (111). Sin haber contacto conocido

y, en concreto, 410, núms. 33-34: “33. (Ad tit. 25). Secundus contractus, qui solo consensu perficitur, est Locatio-conductio, quae Azoni Summ. C. h. t. n. 1 [= Azo, *Summa Codicis*] definitur personae reive ad usum facta concessio, mercede in pecunia numeranda et conventa. 34. Cum qua definitione coincidit illa Donelli 13, comm. 6, princ. [= Hugo DONELLUS, *Commentarii de iure civili*] cui locatio-conductio est contractus mutuae praestationis, quo id agitur, ut pro usu rei aut operae, quae quidem locationem recipiat, pecunia detur.”; 410, núm. 35: “Hinc patet, locationem-conductionem esse duplicem; aliam rerum; aliam factorum seu operarum.”; 411, núm. 36-38: “36. In locatione rerum is dicitur locator, qui rem utendam dat, certa mercede accepta; conductor vero, qui rem accipit utendam, mercede data. 37. Sed in locatione operarum res haec plusculum habet difficultatis. Interdum enim locator dicitur is, qui operas praestat et mercedem accipit; conductor autem, cui operae praestantur, et qui mercedem dat, ut in l. 38 [= D. 19,2,38 (Paul. sing. reg.)], l. 19 § pen. h. t. [= D. 19,2,19,9 (Ulp. 32 ad ed.)]. Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operae praestantur; conductor vero, qui accepta mercede, operam suam praestat, ut in d. l. 19 § 7 [= D. 19,2,19,7 (Ulp. 32 ad ed.)], l. 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)], l. 25 § 7 [= D. 19,2,25,7 (Gai. 10 ad ed. prov.)], l. 36 [= D. 19,2,36 (Flo. 7 inst.)], l. 51 § ult. eod. [= D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)]. 38. Sed hunc nodum solvere in proclivi est, si distinguatur inter operam et opus, qui enim operam locat, idem dicitur conductor operis; et viceversa, qui operam conducit, dicitur locare opus faciendum: quam distinctionem suppeditat d. l. 22 § 2 ff. h. t. [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)] licet aliam afferat Donell. d. cap. 6 vers. cum factum [= Hugo DONELLUS, *Commentarii de iure civili*].” (Hemos identificado las fuentes y obras citadas entre corchetes).

(111) Georg[ii] FRANTZKII (1594-1659) [= Georg FRANTZKE], “Exercitatio undecima. Respondente Christophoro Dershovio Regiomont. Boruss.”, in: *Exercitationes juridicae XIV. In quibus CXL controversiae ex principiis juris discutuntur. Editio secunda priori auctior et castigatior*, (Arnstadi[i] [= Arnstadt (Alemania)]: Sumtibus Joh. Birckneri, 1667² [orig. 1663]), 621-698, esp. 661-663 (Quaestio IV. Quis sit et dicatur locator, quis conductor?), núms. 1-10: “[661] 1. Locatio duplex est alia rei, alia facti; Effectus enim ejus vel in usu rei vel in personae conspicitur. 2. Locatio facti vicissim bimembris est, quod communiter confundunt; vel enim respicit opus vel operas. 3. Qui opus faciendum locat, revera alterius operas [operes, *corr.*] conducit: et contra qui conducit opus faciendum, reveras operas locat: Qui vero operas suas locat, non protinus vere aliquod opus faciendum conducit; nec econtra, qui alterius operas conducit opus faciendum locat. 4. Ratio diversitatis est, quod opere locato conducto, perficiendum aliquod opus intendatur arg. l. 5 § 1 de V.S. [= D. 50,16,5,1 (Paul. 2 ad ed.)] operis locatis non semper item arg. l. 1 § 9 depos. [= D. 16,3,1,9 (Ulp. 30 ad ed.)]. 5. Unde sit ut illic fere aliquis ut artifex quid faciendum suscipit; hic etiam alius professionem et peritiam

entre ellos y con veinte años de diferencia (SUTHOLT dió a la imprenta el original que contenía esta doctrina en 1623 y FRANTZKE en 1644), ambos comparten haber planteado el problema del mismo modo (partir de la anómala denominación de las partes contratantes en la *locatio conductio operis*) y haberlo resuelto de modo parejo: la solución estribaba en distinguir entre *operae* y *opus*. Ambos también sitúan esta distinción como una subdistinción interna de la *locatio*

alicujus rei non exercens, ut illa distinctio videtur colligi l. 9 § 5 locati [= *D. 19,2,9,5 (Ulp. 32 ad ed.)*]. 6. His ita constitutis l. in locatione rei, operarum, ubi opus seu ἀποτέλεσμα non producitur, vera est sententia communis Dd. qui mercedem accipit locator et qui dat conductor est. In locatione operis faciendi qui mercedem accipit conductor quoque est, qui dat locator. 7. II. Priori casu magis proprie idem est locator et conductor, in locatione rei qui dat faciendum in locatione nuda operarum qui accipit expediendum; veluti qui custoditurus servus meum pro hac opera sua mercedem accipit d. l. 1 § 9 depos. [= *D. 16,3,1,9 (Ulp. 30 ad ed.)*]. Minus enim proprie diceres, qui servum meum certa mercede pacta, custodire vult: Servum meum custodiendum conduxisse; nec enim intervenit, nisi factum plane nudum et vestigia, ut in opere faciendo, ulla post se non relinquens. Confer quae subtiliter habet Hortensius ad pr. l. de locat. conduct. [= *Aegidius HORTENSIVS, Ad quatuor Institutionum Justiniani libros, totidem commentariorum libri*] et Dn. Wegn. disp. 12 th. 3 [663] lit. A [= *Henningus WEGNERUS, Ad Imperatoris Iustiniani Institutionum libros IIII ... Disputationes XVIII*]. 8. Ex quibus postquam maxima parte meditatus essem, in hac sententia confirmatus sum. 9. Posteriori diverso respectu idem et locator et conductor dici potest, juxta superius tradita v. c. Si loco domum aedificandum vel reficiendam architecto, in effectum ab ipso operas conduco: Et vicissim architectus qui opus faciendum conduit in effectum quoque operas suas locare videtur l. 1 § 1 [= *¿D. 19,2,1 (Paul. 34 ad ed.)? Lapsus calami forsitan per D. 19,2,2,1 (Gai. 2 rer. cott.) vel D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*] et l. 22 § 1 locat. [= *D. 19,2,22,1 (Paul. 34 ad ed.)*]. 10. Hunc tamen et in hoc casu pro locatore habebimus, qui prior ad contractum posiliit, siquidem Dominus operis faciendi artificem rogavit, locator erit, artifex conductor; non attenta illa obliqua consideratione et consequentia mutui respectus, si artifex ultro sese obtulit potius est ut hunc locasse, Dominus operas conduxisse dicamus.” (Hemos identificado las fuentes –y corregido el *lapsus calami*– y obras citadas entre corchetes). Para fines de prelación histórica y aunque lamentamos no haberla podido consultar, conviene recordar que Frantzke ya había establecido algunos años antes esta doctrina en la que, sin duda, es su obra más citada a este respecto: Georgii FRANTZKII (1594-1659) [= Georg FRANTZKE], *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum juris civilis priores: in quorum extremo utilis, sed difficilis materia evictionum resolvitur et per modum iusti tractatus exhibetur* ... (Argentorati [= Strasbourg]: Sumptibus heredum Lazari Zetzneri, 1644).

conductio operae. Sin embargo, hay una diferencia menor –de hecho, su posterior éxito histórico la engrandeció enormemente– entre ellos: FRANTZKE fue el primer jurista en reclamar la atención sobre D. 50,16,5,1 [Paul. 2 ad ed.] (112) como fuente utilizable y adecuada para separar conceptualmente *operae* y *opus*.

Aunque es fácil suponer que ambos ancestros se valieron de este mismo arsenal teórico, el primer jurista que invocó el objeto (de la obligación) como criterio para fundamentar la bipartición subdividida fue Friedrich BRUMMER (1642-1668) (113); pero, a pesar del

(112) Para este texto, *vid. supra* nota 40 y el subsiguiente análisis.

(113) Friderici BRUMMERI (1642-1668) [= Friedrich BRUMMER], “Exercitatio de locatione et conductione, in Academia Lipsiensis sub praesidio patrum eius Andreae Brummeri ... D. xxi aprilis A.O.R. MDCLXIV instituta”, in: *Brummeriana sive opuscula iuridico-historico-philologica polyhistoris celeberrimi ... Recensuit, indice locuplete instruxit, deque iurisprudentia formularia, rituali et symbolica quaedam praefatus est Georgius Beyer, ...* (Lipsiae [= Leipzig]: Sumpt. Joannis Friderici Braunii, 1712), 375-452, esp. 388-391, §§ 1-3: “[388] 1 (*Divisio locationis ab objecto, cum subdivisione*). Explicatam breviter locationis et conductionis definitionem excipit nunc ejusdem divisio, qua locatio alia est rei, alia facti. Effectus enim ejus vel in rei vel in personae usu conspicitur. Locatio facti rursus bimembris est: vel respiciens opus, vel operas. Frantzke. [389] Exerc. XI quaest. 4 n. 1 et seq. [= Georgius FRANTZKE, *Exercitationes iuridicae XIV*] et in comm. Digest. h. t. n. 77 et 78 [= Georgius FRANTZKE, *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum juris civilis priores*]. In locatione rei quis locator, quis conductor sit, expeditum est: nimirum ille, qui accipit; hic, qui dat mercedem. At in locatione facti non tam facilis dignoscendi modus. Accidit enim, ut is, qui operam praestat et mercedem accipit, aliquando dicatur locare, l. 19 § pen. [= D. 19,2,19,9 (*Ulp. 32 ad ed.*)], l. 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (*Paul. 34 ad ed.*)], l. 38 D. h. t. [= D. 19,2,38 (*Paul. sing. reg.*)], l. 3 D. de his, qui not. [= D. 3,2,3 (*Gai. 1 ad ed. prov.*)], l. 1 § 6 D. de postul. [= D. 3,1,1,6 (*Ulp. 6 ad ed.*)]. Is, cui praestantur operae, et qui mercedem dat, conducere, d. l. 19 § pen. [= D. 19,2,19,9 (*Ulp. 32 ad ed.*)], l. 1 D. de aestim. act. [= D. 19,3,1 (*Ulp. 32 ad ed.*)]. Interdum contra locator ille, cui mercedem danti operae praestantur, l. 11 § pen. [= D. 19,2,11,3 (*Ulp. 32 ad ed.*)], l. 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (*Paul. 34 ad ed.*)], l. 30 § 3 [= D. 19,2,30,3 (*Alf. 3 dig. a Paul. epit.*)], l. 48 pr. [= D. 19,2,48,pr. (*Marc. 8 dig.*)], l. 51 § 1 [= D. 19,2,51,1 (*Iav. 11 epist.*)], l. 60 § 3 [= D. 19,2,60,3 (*Lab. post. 5 a Iav. epit.*)], l. 62 D. h. t. [= D. 19,2,62 (*Lab. 1 pith.*)]. Conductor, qui accepta mercede operam praestat, l. 13 § 1 et 3 [= D. 19,2,13,1 (*Ulp. 32 ad ed.*) ; D. 19,2,13,3 (*Ulp. 32 ad ed.*)], l. 19 § 7 [= D. 19,2,19,7 (*Ulp. 32 ad ed.*)], l. 22 § 2 [= D. 19,2,22,2 (*Paul. 34 ad ed.*)], l. 25 § pen. [= D. 19,2,25 (*Gai. 10 ad ed. prov.*)] et passim D. h. t. Veruntamen dicendum cum Vinnio comm. ad pr. Inst. h. t. n. 2 [= Arnoldus

silencio de algunos (114), que era un lugar común y conocido lo

VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius*] in hac locationis specie diverso respectu eundem videri et locatorem et conductorem; Etenim qui opus faciendum locat, ille quoque alterius operas conducit; et versa vice, qui conducit opus faciendum, re vera operas suas locat. E. g. si pictori tabulam pingendam loco, in effectu operas ab ipso conduco; et vicissim pictor, qui pingendam tabulam conducit, operas pictorias locat. Pari modo si nauta me vehit, si servus mihi famulatur, operarum suarum locatores sunt; sed quia hoc agunt ad opus faciendum, hinc etiam condu-[390]ctores operis vocantur. Ego contra quatenus cum nauta ut me vehat, cum servo ut mihi famuletur, convenit, operarum utriusque conductor sum: quatenus me alteri vehendum praebeo: alteri hoc illudve expediendum mando, operis locator. 2 (*In operarum pariter atque operis locatione unus diversimode locator est et conductor, salva Frantzkii sententia*). Neque violabit hoc sententiam Frantzkii comm. Dig. h. t. n. 78 [= Georgius FRANTZKII, *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum juris civilis priores*] et Exerc. 11 quaest. 4 n. 3 et seqq. [= Georgius FRANTZKII, *Exercitationes juridicae XIV*] qui mutuum istum respectum tantum in operis locatione admittit: in operarum non protinus; hac motus ratione, quod opere locato perficiendum aliquod opus intendatur l. 5 § 1 D. de V.S. [= D. 50,16,5,1 (*Paul. 2 ad ed.*)], l. 80 § 1 D. ad Leg. Falcid. [= D. 35,2,80,1 (*Gai. 3 de leg. ad ed. prae.*)], l. 72 D. de V. O. [= D. 45,1,72 (*Ulp. 20 ad ed.*)] operis locatis non semper l. 1 § 9 depos. [= D. 16,3,1,9 (*Ulp. 30 ad ed.*)]. Etenim J[uris]C[onsul]tissimus Vir per opus praecise intelligit ἀποτέλεσμα, uti vocat in d. l. 5 § 1 D. de V.S. [= D. 50,16,5,1 (*Paul. 2 ad ed.*)] i[d] e[st] operarum effectum, qui operando et fabricando relinquitur, et cujus extant vestigia, quo sensu opinio ejus verissima est. Ego cum Vinnio l. c. [= Arnoldus VINNIUS, *In quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius*] largius sumto vocabulo operis, quemvis operae fructum, et sic etiam opus ἀνεπόσιον accipio; qua acceptione supposita in operis locatis aequae ac in opere locato eundem et locatorem et conductorem diversimode dici posse nemo diffitebitur. 3 (*Dubitatio in locatione operis decisa*). Illud in locatione operis faciendi quaeritur, si inter architectum et dominum de aedificii extructione lis oriatur, tanta quidem, ut in actio-[391]nes etiam excrescat, uter ex locato, uter ex conducto possit agere? cum uterque, uti jam demonstratum est, alio atque alio respectu et locator sit et conductor. Hoc casu videndum, qui contractui se prius obtulit; Si quidem dominus domus extruendae architectum rogavit, locator erit, et sic ex locato aget, architectus conductor, non attenta illa obliqua consideratione et consequentia mutui respectus: sin architectus ultro ad domum faciendam accessit, magis est, ut hic locasse, adeoque ex locato posse agere, dominus conduxisse dicatur. Frantzk. Comm. Dig. h. t. n. 84 [= Georgius FRANTZKII, *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum juris civilis priores*]."

(114) Johanne BRUNNEMANNO (1608-1672), *Repetitio paratitlorum D. Matthaei Wesenbecii, ... Autore ...* (Francofurti ad Oderam [= Frankfurt an der

demuestra que, poco tiempo después y de forma paralela (es decir, sin contacto entre ellos), citantes de ambas ramas de la bipartición subdividida hicieran lo propio y, a partir de ellos, lo repitieran otros (115).

Oder]: Impensis Jobi Wilhelmi Fincelii, 1665), 176 [ad D. 19,2], q. 2; Johannis BRUNNEMANNI (1608-1672), *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum* ... (Lugduni [= Lyon]: Apud Johannem Thenet, 1714), 558 [ad D. 19,2,4], núm. 3; Andreae MYLII (1649-1702), *Nucleus Pandectarum, definitiones, divisiones et titulorum connexiones praecipuas exhibens* ... (Lipsiae [= Leipzig]: Apud Friderici Lanckisii, 1686), 122 [ad D. 19,2], nota a; Joachimi HOPPII (1656-1712) [= Joachim HOPPE], *Examen Institutionum Imperialium* ... (Francofurti ad Viadrum [= Frankfurt an der Oder]: Impensis Ioh. Christiani Kleyb, 1750 [orig. 1684]), 359 [ad IJ. 3,24], núm. 2; Joachimi HOPPII (1656-1712) [= Joachim HOPPE], *Commentatio succincta ad Institutiones Justinianeas* ... (Francofurti ad Viadrum [= Frankfurt an der Oder]: Impensis Jer. Schrey et Joh. Godofredi Conradi, 1721 [orig. 1693]), 681 [ad IJ. 3,24]; Io[hannes] Henr[icus] Nob[ilis] Dom[inus] de BERGER (1657-1732), *Oeconomia iuris ad usum hodiernum accommodati accurate filio Christoph. Henr. Nob. Dom. de Berger* ... *Revisa et post editoris sexti Io. Aug. Bachii, annotationes iterum novis aliisque accessionibus adaucta studio Caroli Godofredi Winckleri*, (Lipsiae [= Leipzig]: Sumptibus Ioannis Friderici Iunii, 1771⁷ [orig. 1712]), 498-499 [cap. 3,5,19], nota 2; Johan[ne] Henr[ico] MOLLENBECIO (1669-1739) [= Johann Heinrich MOLLENBECK], *Thesaurus juris civilis, sive succincta explanatio Compendii Digestorum Schutzio-Lauterbachiani, ... Accessit praeter marginalia, index rerum et verborum locupletissimus curante* ... (Lemgoviae [= Lemgo (Alemania)]: Typis et impensis Henrici Wilhelmi Meyeri, 1717), 817 y 833 [ad D. 19,2], nota 3; LUDOVICI (1671-1723), *Usus practicus distinctionum juridicarum, ... II. Libros a XIV usque ad XXVII [XXIIX, corr.] complectens* ..., 69-70 [ad D. 19,2], dist. 2 (Inter locationem operarum et operis) (para este texto, *vid. supra* nota 84); Ernesto Friderico a SOMETING (fl. 1696-1714), *Introductio in universum jus, juxta seriem IV librorum, et titulorum Institutionum Imperialium. Ex jure naturae, gentium, canonico, publico, privato, feudali, criminali, olim concinnata ab ... Postea augeri coepta a P. Roberto König ... Post mortem ejus vero plus tertia parte auctior reddita a Josepho Adamo Ayblinger* ... (Salisburgi [= Salzburg]: Sumptibus Joannis Dratziecher, 1716), 424 [ad IJ. 3,24], § 4; Joannis Ernesti Olympii Equitis de HEIN, *Promptuarium juris canonici, feudalis, civilis, et criminalis absolutissimum, ...* ([Norimbergae] [= Nürnberg]: Sumptibus Georgii Lehmanni, 1720), I, 87 [§ locatio et locator XVII], núm. 3; Danielis NETTELBLADT (1719-1791), *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum* ..., (Halaе Magdeburgicae [= Halle an der Saale]: In officina libraria Rengeriana, 1767³), 264, § 726.

(115) Henrici HAHNII (1605-1668), *Observata theoretico-practica ad Matthaei Wesenbecii in L libros Digestorum commentarios et in hos editas*

Este paradigma sistemático tuvo una enorme y plurisecular difusión en la órbita jurídica germánica (116). Como lo contrario hipertrofiaría innecesariamente este trabajo, debemos renunciar a un eventual examen de los pormenores que individualizan a los distintos seguidores y, por lo tanto, preferimos citar sólo las particularidades

Reinhardi Bachovii notas et animadversiones ... (Coloniae Agrippinae [= Köln]: Sumptibus Hermannii Demen, 1675), 420 [ad D. 19,2], núm. 2 y 421, núm. 5; Wolffgangi Adami LAUTERBACHII (1618-1678), *Collegium theoretico-practicum. Studio B. filii Ulrici Thomae Lauterbachii. I. A Pandectarum lib[ro] I usque ad lib[rum] XX^{mum}* (Tubingae [= Tübingen]: Sumtibus Ioannis Georgii Cottae, 1763), 977 [ad D. 19,2], núm. 4; Joh[anne] Jacob[o] SCHÜTZ (1640-1690), *Compendium juris brevissimis verbis, sed amplissimo sensu et allegationibus, universam fere materiam juris exhibens. E lectionibus Dn. W. A. Lauterbachii. Primum usui privato collectum, jam vero multorum rogationibus publico datum a ...* (Tubingae et Francofurti: Sumptibus Joh. Georgii Cottae, 1711), 369 [ad D. 19,2] (aunque es un resumen de la obra anteriormente citada, en esta desaparece la referencia al objeto); WEGENS, *De locatione et conductione ...*, cap. II, 13, núm. 2 (para este texto, *vid. supra* nota 60); Caroli Christophori HOFACKER (1749-1793), *Principia juris civilis romano-germanici. Cura Christiani Gmelin* (Tubingae: Impensis Ioh. Georg. Cotta, 1803²), III.1, § 1979, 224: “Objectum locationis conductionis esse potest vel res vel opera vel opus. [...]”; Carolo Christophoro HOFACKER (1749-1793), *Elementa iuris civilis Romanorum. Auctore ...* (Gottingae: Impensis Viduae Vandenhoeck, 1785), § 537, 288: “Duplex inde prodit locationis et conductionis species: rerum sc[ilicet] et operarum. [...]” (la comparación de esta cita con la anterior y, en la medida que proceden de obras del mismo autor, permite comprobar que, aunque tenía en cuenta tres objetos, defendía una visión bipartita de la institución).

(116) Como punto de referencia general, *vid.* Julius WEISKE (1801-1877), *Rechtslexicon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft. Bearbeitet von Prof. Dr. Arndts ... redigirt von ...* (Leipzig: Verlag von Otto Wigand, 1847), VII. Majestätsverbrechen-Pertinenz, 735-837, sv. Pacht- und Miethvertrag.

más relevantes (117) y centrarnos en algunos rasgos generales. En primer lugar, hubo un número considerable de juristas que, si bien usaron la bipartición subdividida, lo hicieron –a causa de su opción

(117) Aunque por su tono parece una ocurrencia polemista, no podemos prescindir del que quizás sea el único jurista del *Usus modernus Pandectarum* –precisamente uno de sus más reputados representantes– que se atrevió a criticar radicalmente los esfuerzos gastados en distinguir entre *operae* y *opus* (calificándolos como “*lusus circa vocem*”, es decir, un juego o pasatiempo lingüístico) cuando, en realidad y según Stryk, siempre se arriendan las *operae*. En sí misma, esta afirmación no tendría mayor importancia si no fuera porque, al inicio del mismo párrafo, Stryk había planteado algo insólito: el objeto de este contrato siempre son las *operae* aún cuando se trate de una *locatio conductio rei*, es decir, con esta propuesta –que, por cierto, no tuvo ningún eco ni desarrollo posterior– voltea la doctrina adquirida y repetida *per saecula saeculorum* según la cual el núcleo de la *locatio conductio rei* era el *usus rei*. Al respecto, *vid.* Samuelis STRYKII (1640-1710), *Specimen usus moderni Pandectarum ad libros XXII priores in Academia Francofurtiana publicis disputationibus exhibitum* (Florentiae [= Firenze]: Apud Josephum Celli, 1841), XIV, 858 [ad D. 19,2], § 2: “Et quidem simplicissimus conceptus locationis conductionis apud omnes gentes fere in hoc consistit, quod sit contractus consensualis de usu rei vel opera pro certa mercede alteri praestanda. Unde patet, objectum hujus contractus non tantum rem esse, sed et operam, sive factum. Quamvis enim liber homo per se in contractum nemine nequeat, operas tamen suas alteri recte locare potest, l. 22 § 2 ff. h. t. [= D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)]. Et quamvis occasione hujus textus curiosi sint doctores in ostendenda differentia conductionis operae et operis, revera tamen tantum lusus circa vocem est. Quando enim dicunt, illum qui opus faciendum conducit, mercedem accipere, cum tamen conductoris sit illam dare, de quo Franzk. in comment. ad hunc tit. n. 81 et seqq. [= Georgius FRANTZKII, *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum juris civilis priores*]. attamen vox conductionis ibi improprie sumitur, pro redemptione operis, *vor die Übernahme eines gewissen Werks oder Gebäudes*, pro qua redemptione mercedem nondum accipit, sed pro opera illa, quam in opus illud impendere vel ipse, vel per alios ad hoc subconductos debet, unde revera locator operae manet, et alter conducit operam ipsius ad negotium illud perficiendum; ut sic in effectu juris res eodem redeat. [...]” (Hemos identificado la fuente y obra citadas entre corchetes). Sin embargo, hay constancia de un canonista que estaba de acuerdo con Stryk que entretenerse en discurrir sobre la diferencia entre *operae* y *opus* era una pérdida de tiempo, *vid.* Francisco SCHMIER (1680-1728), *Jurisprudentia canonico-civilis, seu jus canonicum universum, juxta quinque libros Decretalium, ... Authore ... II. Complectens librum III. IV. V. Decretalium* (Venetiis [= Venecia]: Apud Nicolaum Pezzana, 1754), § 341, 237. Por motivos más substanciales, es necesario destacar las aportaciones

metodológica— de forma autónoma (sin reconocer autoridades, es decir, citando sólo las fuentes) (118). En segundo lugar, hubo también otro grupo nutrido de juristas que, para desesperación de los historiadores, utilizaron este paradigma implícitamente, es decir, mediante formulaciones en las que de un modo u otro presentaban la *locatio conductio operis* como un tipo o, mejor dicho, un subtipo peculiar de *locatio conductio operae* (119) e, incluso, el lugar de este

de dos juristas que, si bien aceptaban este paradigma sistemático, trataron de establecer las características propias y peculiares de la *locatio conductio operis* que permitían diferenciarla (la nomenclatura anómala de las partes contratantes, su eventual subconcesión y, sobre todo, el régimen del riesgo contractual), al respecto *vid.* Bernard Étienne CROPT (1798-1896), *Elementa juris Romano-Valesii ad usum Scholae juris Seduni institutae ...* (Seduni [= Sion (Suiza)]: Ex typographia A. Morand et sociorum, 1841), § 618, 467; C[hristian] F[riedrich] MÜHLENBRUCH (1785-1843), *Lehrbuch des Pandekten-Rechts, nach der Doctrina Pandectarum deutsch bearbeitet. Vierte verbesserte Auflage herausgegeben von Otto Carl von Madai*, (Halle [an der Saale]: C. A. Schwetschke und Sohn, 1844⁴), § 414, 439-441; C[hristian] F[riedrich] MÜHLENBRUCH (1785-1843), *Doctrina Pandectarum. Scholarum in usum scripsit ... Editio nova* (Bruxellis: Apud Hauman, 1838), § 416, 398.

(118) Christian Friedrich GLÜCK (1755-1831), *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar von ...* (Erlangen: Verlegt bey Johann Jacob Palm, 1816), XVII.2, § 1044 [ad D. 19,2], 266-268 = Federico GLÜCK (1755-1831), *Commentario alle Pandette di ... Tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d'Italia. Tradotto e annotato da Umberto Grego* (Milano: Dott. Leonardo Vallardi edit[ore], 1891), § 1044 [ad D. 19,2], 37-40; Joh[ann] Friedr[ich] Ludw[ig] GÖSCHEN (1778-1837), *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht von ... Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben von Albrecht Erxleben* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1839), § 513, 387; Theodor Maximilian ZACHARIÄ (1781-1847), *Institutionen des römischen Rechts nach der Ordnung der Justinianeischen Institutionen ausgearbeitet von ...* (Breslau: Wilibald August Holäufner, 1816), 743-744; Friedrich Adolph SCHILLING (1792-1865), *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts von...* (Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1846), § 302, 442; Friedrich Ludwig von KELLER (1799-1860), *Pandekten. Vorlesungen von ... Aus dem Nachlasse des Verfassers herausgegeben von Emil Friedberg*, (Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1861), § 339, 640; [Karl] Ludwig ARNDTS [von ARNESBERG] (1803-1878), *Lehrbuch der Pandecten von ...* (München: Verlag der literarisch-artistische Anstalt der J.G. Cotta'schen Buchhandlung, 1852), § 309, 474.

(119) AYBLINGER (1664-1722), *Commentarius ad quinquaginta libros Digestorum, ...*, 527 [ad D. 19,2], núm. 2: "Dividitur 1. in locationem rerum,

último término fue ocupado por la –molesta para los historiadores– etiqueta *locatio conductio operarum* (120). En sentido contrario,

et locationem operarum. Locatio rerum est, qua usus rei alicujus; locatio operarum, qua usus facti, vel operae pro certa mercede conceditur. Locatio operae est vel locatio operae simplicis, vel operae, per quam opus producitur. Ubi.”; Josephi Mariae SCHNEIDT (1727-1808), *Jurisprudentia forensis Hellfeldiana in ordinem systematicum redacta et suppleta ...*, (Wirceburgi [= Würzburg]: Sumtibus fratrum Stahel, 1802³), II, § 1450, 147-148, esp. 148: “[...]. Interdum quoque locantur operae ad integrum opus perficiendum, quod locatio conductio operis dicitur, quae hoc singulare habet quod, qui ad opus perficiendum se obligat pro mercede, ratione operis, conductor, et ratione operarum praestandarum, locator vocetur. Itidem, qui pro opere perficiendo mercedem promittit, locator operis et conductor operarum dicitur.”.

(120) Ernst Christian WESTPHALS (1737-1792), *Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinskontract, der Cession, auch der Gewähr des Eigenthums und der Mängel* (Leipzig: Weygandschen Buchhandlung, 1807² [orig. 1791]), 541, § 903: “Eine Art der *locationis operarum* ist die *locatio operis*, so darinn besteht, dass der, dem man das Geld für seine Arbeit bezahlt, mit dieser seiner Arbeit ein gewisses Werk fertig macht und zu Stande bringt, welches er dann dem Geldgeber und Besteller überliefert, l. 22 § 1 loc. cond.: Quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est. [= *D. 19,2,22,1 (Paul. 34 ad ed.)*].” (Hemos identificado la fuente citada entre corchetes); Chr[istian] Aug[ust] GÜNTHER (1758-1839), *Principia iuris Romani privati novissimi in usum academicum scripsit D. ...* (Ienae: In officina libraria Croekeriana, 1809), II, § 984, 690; Christ[ian] Gottlieb HAUBOLD (1766-1824), *Doctrinae Pandectarum lineamenta cum locis classicis iuris in primis Iustiniani et selecta litteratura maxime forensi. In usu praelectionum adumbravit ...* (Lipsiae [= Leipzig]: Sumptibus Io. Conr. Hinrichsii, 1820), § 760, 362; Christoph Christ[ian] von DABELOW (1768-1830), *System des gesammten heutigen Civil-Rechts von ...*, (Halle: Hemmerde und Schwetschke, 1796²), II, § 2266, 511; Friedrich Christian GESTERDING (1781-1841), “Ueber die Contracte, welche wir mit den Handwerkern schliessen; imgleichen über die Contracte mit dem Schiffer. Zur Belehrung practischer Juristen im Junius 1817”, in: *Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Eine Reihe von Abhandlungen und Monographien* (Greifswald: bey Ernst Mauritius, 1818), 81-121, esp. 89-90, § 2; Albrecht SCHWEPPE (1783-1829), *Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung von ... Nach des Verfassers Tode fortgesetzt von Wilhelm Mejer. III. Obligationenrecht* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1831⁴), III, § 473, 239-240; Ferdinand MACKELDEY (1784-1834), *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts von ...*, (Giessen: Druck und Verlag von Georg Friedrich Heyer, 1827⁷), II, § 375, 194; Karl [Franz Ferdinand] BUCHER (1786-1854), *System der Pandekten oder Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung des Justinianeischen Pri-*

merece reseña la iniciativa de algunos canonistas de bautizar a los miembros de la subdistinción de forma distinta e inequívoca: *operae simplices* y *operae praegnantes* (121). Y, finalmente, hubo una muy reducida cantidad de juristas que, a pesar de mantener este mismo paradigma sistemático y por las razones que hemos advertido más arriba (122), prefirieron plantearlo mediante una tricotomía (123).

vatrechts von ..., (Erlangen: Palm und Enke, 1822³ [orig. 1808]), § 255, 385; Johann Adam SEUFFERT (1794-1857), *Praktisches Pandektenrecht von ... Nach dem Tode des Verfassers besorgt von E.A. Seuffert*, (Würzburg: Druck und Verlag der Stahel'schen Buch- und Kunsthandlung, 1867⁴), II, §§ 332-333, 234-239; J[ulius] BARON (1834-1898), *Pandekten, von ...*, (Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1885⁵), § 292, 489: "Eine Unterart der Dienstmiethe ist die Verdingung eines Werkes (als des Resultat einer Arbeit, loc. cond. operis). [...]"; Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), *Lehrbuch des Pandektenrechts von ...* (Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1870³), II, § 399, 454-455, esp. 455: "Ein besonderer Fall der Dienstmiethe ist der, wo der Vertrag nicht sowohl auf die Dienste als solche, als vielmehr auf das durch dieselben herzustellende Arbeitsresultat gerichtet ist. Diesen besonderen Fall bezeichnet der Ausdruck Werkverdingung, oder auch Verdingung schlechthin. [...]". = Bernardo WINDSCHEID (1817-1892), *Diritto delle Pandette. Prima traduzione italiana sola consentita dall'autore e dagli editori, fatta sull'ultima edizione tedesca dagli avvocati Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa ...* (Torino: Unione tipografico-editrice, 1904), II.2, § 399, 136-137, esp. 137: "Un caso particolare di locazione d'opera è quello in cui il contratto è rivolto non tanto alle opere come tali, quanto piuttosto al risultato che si deve conseguire dal lavoro. Questo caso speciale è denotato dalle espressioni Werkverdingung (od anche Verdingung semplicemente), Werkvertrag (locazione d'opera). [...]".

(121) SCHMIER (1680-1728), *Jurisprudentia canonico-civilis ...*, II, § 338, 237; PEREGRINI (1687-1764), *Manuductio ad jurisprudentiam Justinianeam ...*, II, [lib. 3, tit. 25], 192, núm. 1 (para este texto, *vid. supra* nota 70).

(122) Para estas razones, *vid. supra* nota 109.

(123) STRUVII (1619-1692), *Syntagma Jurisprudentiae ...*, II, Exercitatio XXIV [ad D. 19,2], 1662-1718, esp. 1675, núm. 7: "Forma itaque locationis conductionis consistit (1) in consensu (α) de (2) rei usu concedendo, (β) aut opera personae praestanda (γ) opereve faciendo pro (3) certa mercede, (ψ) l. 1 [= D. 19,2,1 (Paul. 34 ad ed.)], l. 14 h. pr. eod. [= D. 19,2,14 (Ulp. 71 ad ed.)]. [...]". (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes y hemos reproducido literalmente el párrafo para evidenciar la intención del autor de establecer la tricotomía. Esta intención queda clara si se compara su presentación de las partes contratantes en esta obra: STRUVII (1619-1692), *Syntagma Jurisprudentiae ...*, II, Ex-

Un miembro –ya conocido– de este reducto tricotómico merece cierta atención especial. Como vimos al dar cuenta de la historiografía, OLIVIER-MARTIN trató de explicar la posición de Voet invocando

ercitatio XXIV [ad D. 19,2], 1662-1718, esp. 1663-1664, núm. 3 (para este texto, *vid. supra* nota 84) con la planteada en la que pasa por ser su exitosa versión resumida (*der kleine Struve*): Georgii Adami STRUVII (1619-1692), *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* (Bambergae [= Bamberg]: Apud Martini Göbhardi haeredes, 1759¹⁷), 371 [cap. 3,12], núm. 2: “Ineunt hunc contractum locator et conductor: et quidem in locatione rerum is dicitur locator, qui praestat usum; qui mercedem pro usu solvit, dicitur conductor. Ast in locatione et conductione operae, distinguitur inter opus et operam: qui est locator respectu operis faciendi, idem est conductor respectu operae; et qui est conductor respectu operis, idem est locator respectu operae, *vid. l. 11 § 3 loc. [= D. 19,2,11,3 (Ulp. 32 ad ed.)]*, l. 13 § 1 et 2 [= *D. 19,2,13,1-2 (Ulp. 32 ad ed.)]*, l. 19 § 1 it. [= *D. 19,2,19,1 (Ulp. 32 ad ed.)]*, l. 22 § 2 [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)]*, l. 36 [= *D. 19,2,36 (Flo. 7 inst.)]*, l. 51 § 1 locat. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)]*, l. 27 § 34 et 35 ff. ad L. Aquil. [= *D. 9,2,27,34-35 (Ulp. 18 ad ed.)]*, add. l. 2, pr. ff. ad l. Rhod. de jactu [= *D. 14,2,2,pr. (Paul. 34 ad ed.)]*.” Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes); VOET (1647-1713), *Commentarius ad Pandectas ...*, I, 665-682 [ad D. 19,2], esp. 668, núm. 6 y 679, núm. 33 (para este texto, *vid. supra* nota 47); Johanne VOET (1647-1713), *Elementa juris secundum ordinem Institutionum Justiniani. In usum domesticae exercitationis digestae a ...*, (Lugduni Batavorum [= Leiden]: Apud Henricum Teering, 1712³), 151 [ad IJ. 3,24], núm. 1; Io[hanni] Gottl[ieb] HEINECCII (1681-1741), *Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum* (Traiecti ad Rhenum [= Utrecht]: Apud Io. a Schoonhoven et soc., 1772⁵), 391 [ad IJ. 3,24], § 320: “[...] Ut locatio conductio recte dividatur in rei, operarum et operis. l. 22 § 2 [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)]*, l. 25 § pen. ff. h. t. [= *D. 19,2,25,7 (Gai. 10 ad ed. prov.)]* [...]” (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes); Jo[hanni] Gottl[ieb] HEINECCII (1681-1741), *Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum ...* (Neapoli [= Napoli]: Apud Jo. Baptistam Pasquali, 1778), 299 [ad IJ. 3,24], § 916: “Est ergo locatio conductio vel rerum, quando rei usus; vel operarum, quando operae illiberales praestantur; vel operis, quando opus conficitur pro certa mercede, l. 5 § 1.D. de verb. sign. [= *D. 50,16,5,1 (Paul. 2 ad ed.)]*.” (Hemos identificado la fuente citada entre corchetes); Jo[hanni] Gottl[ieb] HEINECCII (1681-1741), *Recitationes in elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum ... Edidit variisque annotationibus instruxit P. de Ryckere*, (Gandavi [= Ghent]: Apud J.-N. Houdin, 1819²), 525 [ad IJ. 3,24], § 917; Benedicti SCHMIDT (1726-1778), *Principia jurisprudentiae Romano-Germanicae, una cum Historia juris nec non jura allegandi iisque studendi methodo ac ordine, in usum academicum et forensem adornata ...*

algunos predecesores (124) en cuyas obras resulta decepcionante comprobar que OLIVIER-MARTIN se valía de meras pruebas circunstanciales: se ocuparon de la *locatio conductio operis* de modo más expreso que sus coetáneos pero su visión sistemática no tenía ninguna concomitancia con VOET. Por nuestra parte, podemos añadir a otro partícipe circunstancial pero, por lo menos, con mayor fundamento. Como acabamos de ver, SUTHOLT fue uno de los padres fundadores de este paradigma y, para subsanar la falta de una prueba que demuestre su influencia directa en VOET, es posible argüir una verosímil hipótesis indirecta: SUTHOLT empezó su carrera docente en la Universidad de LEIDEN y –después de un desencuentro con Everard BRONCHORST o, también escrito, BRONKHORST (1554-1627)– la culminó

(Ingolstadii [= Ingolstadt]: Sumptibus Joannis Leopoldi Montag, 1762), 861 [ad IJ. 3,24]; J[ohann] N[epomuck] v[on] WENING-INGENHEIM (1790-1831), *Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes nach Heise's Grundriss eines Systems des gemeinen Civil-Rechts zum Behufe von Pandekten-Vorlesungen bearbeitet von ... Fünfte Auflage besorgt durch Johann Adam Fritz*, (München: Ernst August Fleischmann, 1837⁵), II, § 261 (§ 154), 205-206; V[incentio] QUINON (1791-1861), *Jus Romanum secundum ordinem Institutionem Imp. Justiniani, ad usum praelectionum. Auctore ...* (Gratianopoli [= Grenoble]: Apud fratres et filium Baratier, 1834), II, § 730, 167; L[eopold] A[ugust] WARNKOENIG (1794-1866), *Commentarii juris Romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati, in usum Academicarum praelectionum et studii privati, auctore ...* (Leodii [= Liège]: Apud J. Desoer bibliopolam-editorem, 1829), II, § 615, 255; L[eopold] A[ugust] WARNKOENIG (1794-1866), *Institutiones iuris Romani privati, in usum praelectionum academicarum vulgatae cum introductione in universam iurisprudentiam et in studium iuris romani. Auctore ...* (Bonnae [= Bonn]: Sumptibus Adolph Marci, 1860⁴), § 890, 254; K[arl] A[ugust] D[ominik] UNTERHOLZNER (1787-1838), *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Nach des Verfassers Tode mit einer Vorrede herausgegeben von Ph[ilipp] E[duard] Huschke* (Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1840), II, § 493.III, 317-318; Carl Georg von WÄCHTER (1797-1880), *Pandekten von ... Herausgegeben durch O. v. Wächter* (Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel, 1881), II, § 209, 476 y 479: “[...]. Ein Fall der *locatio conductio operarum* ist die *locatio conductio operis*, Verdingungsvertrag, [...]” (ejemplo perfecto de presentación tricotómica de la bipartición subdividida).

(124) Para estos predecesores de Voet invocados por Olivier-Martin, *vid. supra* nota 48.

en la también holandesa Universidad de HARDERWIJK (125) y, como es sabido, VOET desarrolló su docencia en la antes mencionada Universidad de LEIDEN (126). Con esto, no sugerimos que VOET fuera discípulo de SUTHOLT sino algo más sencillo: habría podido conocer sus obras. Aunque no hay duda que VOET comparte esta posición sistemática, no podemos pasar por alto la singularidad de su obra en lo referente al estudio de la *locatio conductio*: no hay otra exposición doctrinal que trate la *locatio conductio operis* con tanto detenimiento como la suya (127) y esto es así hasta el punto que, si se

(125) Según los datos disponibles, SUTHOLT estudió en Groningen (1615) y Helmstedt (1617). El período 1620-1622 fue *Jurisprudentiae Lector* en Leiden. Posteriormente, entre 1622 y 1625 fue profesor de Derecho civil y Filosofía práctica en el *Gymnasium* de Harderwijk. Sobre Bernhard SUTHOLT (fl. 1613-1625) o, también, Bernhard SOUTHOULT, *vid.* J. van KUYK, "Sutholt, Bernhard", in: P.C. MOLHUYSEN *et* P.J. BLOCK (eds.), *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek. Onder redactie van ...* (Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgevers-Maatschappij, 1912), II, 1395-1396. Sobre la docencia de SUTHOLT en Leiden, *vid.* J. C. van SLEE, *Werken uitgegeven door het historisch Genootschap (Gevestigd te Utrecht). Derde serie. 12. Diarium Everardi Bronchorstii sive Adversaria omnium quae gesta sunt in Academia Leydensi (1591-1627). Uitgegeven door ...* (Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1898), 155-168, esp. 157 (profesor de D. 1,2: de origine iuris) y 161 (desencuentro entre BRONCHORST y SUTHOLT); C. A. Siegenbeek van HEUKELOM-LAMME, *Album Scholasticum Academiae Lugduno-Batavae. I. 1575-1940. Samengesteld door ...* (Leiden: E. J. Brill, 1941), 150 (su registro en la nómina de profesores de Leiden).

(126) Sobre Johannes VOET (1647-1713), *vid.* J. van KUYK, "Voet, Johannes", in: P. C. MOLHUYSEN *et* P.J. BLOCK (eds.), *Nieuw Nederlandsch Biografisch Woordenboek. Onder redactie van ...* (Leiden: A.W. Sijthoff's Uitgevers-Maatschappij, 1914), III, 1328-1329; J[ohannes] W[ilhelmus] WESSELS (1862-1936), *History of the Roman-Dutch Law. New Introduction by Michael H. Hoeflich* (Grahamstown [Cape Colony]: African Book Co., 1908 [Reedición anastática: Clark [New Jersey]: The Lawbook Exchange, 2005]), 320-330. Sobre la Jurisprudencia elegante holandesa, *vid.* Govert C.J.J.van den BERGH, *Die holländische elegante Schule. Ein Beitrag zur Geschichte von Humanismus und Rechtswissenschaft in den Niederlanden, 1500-1800* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2002).

(127) Aunque resulte muy difícil valorar su importancia para la cuestión sistemática que nos ocupa, existe una exposición equiparable en este punto a la de VOET porque, en ella, se plantea y estudia la *locatio conductio operis* como un contrato en sí mismo y, en la medida que su autor no se pronuncia y posteriormente su obra no tuvo eco en este sentido, albergamos la duda de si debe ser considerado el precursor de la tripartición (Carl August WEISKE

hubiera atrevido a cortar el cordón umbilical que le ataba a la visión unitaria de la institución, su tricotomía se hubiera transformado sin gran dificultad en la tripartición.

Sin embargo, el interés suscitado por VoET no debe hacernos olvidar la que, sin duda, es la repercusión histórica más importante de este paradigma sistemático: dicho directa y llanamente, su influencia en las codificaciones civiles germánicas (128). En concreto,

(1784-1840), “I. Ueber opus locatum conductum, besonders in Bezug auf probatio, improbatio”, in: *Skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtlichen Gegenstände von ...* (Leipzig: J.C. Hinrichs'sche Buchhandlung, 1829), 1-40, esp. 6-7, § 4 (*Contractus locationis conductionis operis*): “*Locatio conductio operis* ist ein Consensualvertrag über Realisirung des *opus* gegen *merces*. Die Wesentlichkeiten dieses Contracts sind also der Consens [...], die *merx*, *merces* und das *opus* selbst. [...]” y 10-11, § 5 (Gegenstand des *opus*): “Das Wesen des *opus* bestehet in der Arbeit des *conductoris* zu einem gewissen Zweck; [...]. Diese Thätigkeit des *conductor*, wozu er nach dem Begriff des *opus* sich verbindet, kommt haben nicht sowohl an sich, als immer in Beziehung auf den Zweck, auf dass verhiessene Resultat, *consummatio operis*, in Frage. Also nur die Arbeit des *conductor* ist Gegenstand des *opus*, den Stoff giebt der *locator* dazu; sofern aber der *conductor* seinen eignen Stoff gegeben hat, hört dass Geschäft auf, *locatio conductio operis* zu seyn und die Gesetze erklären es dann für *emptio venditio*. [...]” Para una posible solución de la duda anterior, *vid. infra* nota 140.

(128) Sobre las codificaciones civiles germánicas, *vid.* WIEACKER, *História do Direito privado moderno ...*, § 19, 365-395, esp. 369-371 (Baviera), 371-380 (Prusia) y 381-386 (Austria); MOLITOR et SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado ...*, 61-80, esp. 62-63 (Baviera), 63-70 (Prusia) y 77-80 (Austria); Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna: Società editrice il Mulino, 1976), 486-506 (Prusia) y 506-536 (Austria); WESENER et WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa ...*, § 22, 251-265, esp. 251 (Baviera), 251-252 (Prusia) y 255-258 (Austria); EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, §§ 34-35, 208-219, esp. § 34, 208-209 (Baviera), § 34, 209-211 (Austria) y § 35, 211-219 (Prusia); KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, III, 68-72 (visión general); Olivia F. ROBINSON, T. David FERGUS et William M. GORDON, *European Legal History. Sources and Institutions*, (London-Dublin-Edinburgh: Butterworths, 1994), 248-250 (Baviera), 250-253 (Prusia) y 253-255 (Austria); MEDER, *Rechtsgeschichte ...*, 254-269, esp. 254-255 (Baviera), 255-259 (Prusia) y 264-266 (Austria); Adriano CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 2005), II, 236-251 (Prusia) y 275-291 (Austria); Adolf LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, (Berlin: Walter de Gruyter & Co., 2006⁶), 179-196 (Prusia) y

la bipartición subdividida influyó y, de diferentes modos, fue acogida en los Códigos civiles bávaro, prusiano y austríaco.

Si –con la ayuda de los intérpretes más autorizados de cada uno de los Códigos– se analiza su contenido en aquello que nos afecta, se delimita un panorama bastante homogéneo, sobre todo entre los Códigos bávaro y austríaco. Así, en el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756) (129) y según KREITTMAYR –el propio autor del Cód-

196-206 (Austria); Ursula FLOSSMANN, *Österreichische Privatrechtsgeschichte*, (Wien-New York: Springer Verlag, 2008⁶), 13-16 (visión general).

(129) *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis. Oder Neu Verbessert- und Ergänzt- Chur-Bayrisches Land-Recht, welches Alle zur bürgerlichen Rechts Gelehrsamkeit gehörige Materien, so viel nicht schon in dem bereits Ao. 1751 respective 1753 neu eröffneten Codice criminali und judiciario besonders hiervon enthalten ist, sowohl nach denen Gemein- als Statutarischen Rechts- Grundsätzen, mit durchgängiger Applicirung der Ersten auf die Letztere, wie auch mit nöthiger Entscheid- oder Supplirung deren vorhin entweder in Thesi strittig und zweifelhaft oder defectuos befundenet Stellen, benebst dem am Ende beygefügtten Lehen-Recht in sich begreist, Sohin mit Einschluss obgedacht- neuer Gerichts- und Criminal-Ordnungen ein kurz- deutlich- ordentlich- und vollständiges Systema juris privati universi, Wie solches in hiersigen Chur-Landen dermahlen üblich und eingeführt ist, in IV. Theilen, XLIX Capituln, Doch allerweegen in ganz natürlich- und ungezwungenen Zusammenhang darstellt* (München: Gedruckt von Johann Jacob Vötter Churfürstl. Hof- und Landschaft-Buchdruckern, 1756), 371-380 [cap. IV,6 (Von dem Ding- Stift- Mieth- Pacht- oder Bestands- und Admodiations- Contract [Locatione, Conductione]), §§ 1-21], esp. 371 [cap. IV,6 (Von dem Ding- Stift- Mieth- Pacht- oder Bestands- und Admodiations- Contract [Locatione, Conductione])], § 1: “Locatio, Conductio heisst, da man etwas um bestimmt- gewissen Lohn zum Gebrauch verleihet oder gestattet, und pflegt derjenige, welcher den Lohn empfangt, Locator, oder Hinderer, Verstifter, Verpachter, Vermiether, Verbeständner, hingegen der andere, welcher den Gebrauch hierum hat, Conductor oder Dinger, Stifter, Miether, Pächter, Beständner, der bestimmte Lohn aber auch öftters Zins- Stift- Gilt- oder Pacht- Schilling, zu Latein Merces aut Pensio genannt zu werden.”; 372 [cap. IV,6 (Von dem Ding- Stift- Mieth- Pacht- oder Bestands- und Admodiations- Contract [Locatione, Conductione])], § 3: “Dieser Contract hat regulariter Statt 1^{mo} in allen sowol fahrend- als liegenden, was nur immer in Handel und Wandel ist, und durch den Gebrauch nicht consumirt zu werden pflegt, insonderheit aber 2^{do} auch in uncörperlichen Dingen, z. E. in Jurisdictionalien, Regalien, und dergleichen gerechtsamen, nicht minder 3^{to} in Geistlichen Sachen, soweit sie Weltlichen anhangen, z. E. in Pfarr- Lehen, Kirchen- Schutz etc. Desgleichen 4^{to} in Operis, das ist, in menschlichen Diensten, Arbeiten und Verrichtungen, z. E. bey Dienst-

go y, por lo tanto, su intérprete auténtico—, se trata unitariamente la institución y, dentro de la *locatio conductio operae*, se distingue entre *locatio conductio operarum in specie* y *locatio conductio operis* porque, en la primera, se obliga “*ad operas nur indefinite*” y, en cambio, en la segunda se obliga “*ad certum opus*”. A su vez, respecto la *locatio conductio operis*, se tiene en cuenta si el *opus* se ha realizado “*ex propria vel aliena materia*” porque, según sea el caso, cambia la naturaleza del contrato: en el primer caso (cuando los materiales son aportados por el *conductor operis*), se considera *emptio venditio* (de cosa futura) y, en el segundo (cuando quien subministra los materiales es el *locator operis*), *locatio conductio* (130).

bothen, Tagwerkern, Handwerks- Leuten etc. soweit solche nicht entweder gegen die Natur und Möglichkeit, oder Gegen- Gebott lauffen, oder gar von keinem Gebrauch, oder wenigst in keinem gebräuchigen Anschlag seynd. 5^{to} In fremden Sachen, jedoch dem Eigenthums- Herrn unabbrüchig, und salvo Regressu Conductoris an den Locatorem, wenn jenem die Sach vor der Zeit abgenommen und evincirt wird. 6^{to} Sogar in Sachen, welche Conductor selbst schon zugehörig seynd, soweit Locator etwan ein anderes besonderes Recht, z. E. die Nussniessung, Jurisdiction, Dienstbarkeit und dergleichen hierauf hergebracht hat.” (Aunque somos conscientes que presenta algunas dificultades ortográficas, hemos transcrito el texto sin ninguna intervención por respeto hacia la edición original).

(130) W[iguläus] X[aver] A[loys] Freyherrn von KREITTMAYR (1705-1790), *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem, worin derselbe sowohl mit dem gemein- als ehemalig Baierischen Land-Rechte genau kollationirt, sohin der Unterschied zwischen dem alt- und neuern Recht, samt der Urquellen, woraus das letzere geschöpft worden ist, überall angezeigt, und dieses dadurch in ein helleres Licht gesetzt wird von ...* (München: Im Verlage der Königlichen Zentral-Verwaltung des Regierungs- und allgemeinen Intelligenz-Blattes, 1821), IV, 336-388, esp. 346-347, § III, núm. 4 (In personis vel operis): “[...]. Im übrigen ist auch der Unterschied zu merken, ob man sich *ad operas* nur indefinite, oder aber zugleich *ad certum opus* verdingt. Jene heisst man *locationem operarum in specie*, diese aber *locationem operis*, Titius § 1 [= *Gottlieb Gerhard TITUS, Juris privati Romano-Germanici ...*], Lauterb. § 4 [= *Wolfgangus Adamus LAUTERBACH, Collegium theoretico-practicum ...*], Vorhof der Jurisprud. t. 3, p. 438 [= *Vorhoff der gantzen Jurisprudenz Oder Vollständige Einleitung zum Jure Civili, Feudali, Canonico und Publico*] bey der letzteren ist weiter zu distinguiren, ob das *opus* *ex propria vel aliena materia* um gewissen Preis verfertigt sey. Erstenfalls ist es *emptio venditio*, andernfalls *locatio conductio*, also wenn ich z. E. dem Goldschmid für einen goldenen Ring, welchen er aus eignen Gold verfertiger hat, 5 fl. bezhle, so ist es ein Kauf,

En el austríaco *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer* (1811) (131) y según ZEILLER –el

geb ich ihm hingegen das Gold hierzu, und bezahle ihm nur seine Arbeit, so ist es locatio conductio operarum vel operis, § 4 Inst. de locat. cond. [= *IJ.* 3,24,4], Titius § 9 [= *Gottlieb Gerhard TITIUS, Juris privati Romano-Germanici ...*], Wolff. § 635 [= *Christianus WOLFIUS, Jus naturae methodo scientifica pertractum ...*], Berger aecon. jur. l. 3, t. 5 § 19 [= *Iohannes Henricus de BERGER, Oeconomia iuris ...*], B. Schmid t. 18, art. 4, n. 4 [= *Benedictus SCHMIDT, Principia jurisprudentiae Romano-Germanicae ...*]. [...]” (Hemos identificado la fuente y obras citadas entre corchetes). En otra obra, el mismo autor recuerda que la diferencia entre las *species rei vel operae* de *locatio conductio* radica en el *obiectum* (Lib. Bar. de KREITMAYR (1705-1790) [= Wiguläus Xaver Aloys von KREITMAYR], *Compendium Codicis Bavarici, civilis, judicarii criminalis, ex idiomate germanico nunc etiam latino sermoni traditum ...* (Monachii [= München]: Sumptibus Joan. Nepom. Fritz, 1776), 84 [cap. 4,6 § 1-3]: “Usu rei vel operae pro certa mercede concesso vel praestito dicitur locatio conductio, et variis saepe nominibus exprimi solet, quae tamen omnia in objecto solum differunt. [...]”).

(131) *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oestreichischen Monarchie* (Wien: Aus der K. K. Hof- und Staats- Druckerey, 1811), 325-333, §§ 1151-1174 [cap. 2,26. Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen], esp. 325 [cap. 2,26. Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen], § 1151: “Wenn jemand sich zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn im Gelde verpflichtet; so entstehet ein Lohnvertrag.” [= Se alcuno per una determinata mercede in danaro si obbliga a prestar dei servigi, o ad eseguire un lavoro, nasce il contratto di locazione e conduzione di opere.] y 328 [cap. 2,26. Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen], § 1158: “Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf- oder für einen Lohnvertrag zu halten sey, wird vermuthet, dass derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellet habe. Hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert; so wird ein Kauf vermuthet.” [= In dubbio, se l’opera commessa debba riguardarsi per un contratto di compra e vendita, o di locazione e conduzione d’opera, si presume il secondo di questi contratti, quando chi ordina l’opera ne somministra la materia. Se invece la materia spetta all’artefice, si presume che il contratto sia di compra e vendita.]. Pero, FIORI reproduce este mismo § 1151 pero con un texto muy diferente (FIORI, *La definizione ...*, VII. § 1, 311, n. 29) y que corresponde al de la siguiente reedición reciente (*Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Vollständige Textausgabe* (St. Pölten-Wien: Hippolyt Verlag, 1950), 235-245, §§ 1151-1174 [cap. 2,26. Von Verträgen über Dienstleistungen], esp. 235 [cap. 2,26. Von Verträgen über Dienstleistungen], § 1151: “(1) Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines

propio autor del Código y, por lo tanto, su intérprete auténtico—, se han ubicado bajo la categoría general “*Lohnvertrag*” tanto “*Dienstleistung*” como “*Verfertigung eines Werkes*” que, respectivamente, corresponden a *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. Por lo tanto, también se trata unitariamente la institución bajo el término “*Lohnvertrag*” que significa *locatio conductio operae*. A semejanza del Código bávaro, en el austríaco también se adoptó el criterio de quien aportaba los materiales para distinguir entre *locatio conductio operis* y *emptio venditio*: cuando son aportados por el comitente (*locator operis*), es *locatio conductio* y, si los subministra el mismo artífice (*conductor operis*), entonces se convierte en *emptio venditio* (de cosa futura) (132).

Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag. (2) Insoweit damit eine Geschäftsbesorgung (§ 1002) verbunden ist, müssen auch die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag beobachtet werden.”). En principio y según consta en el prólogo del editor, esta obra es una edición del texto del Código de 1811 y, por lo tanto, se plantea una situación molesta e inexplicable. Después de un par de averiguaciones (el texto que hemos dado en primer lugar corresponde, respectivamente, al original existente en la colección legislativa austríaca y a su también oficial –gentileza de un Estado plurilingüe como la Monarquía austríaca– versión italiana, *vid. Justizgesetzsammlung (Dritte Fortsetzung der Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache unter Seiner jetzt regierenden Majestät Kaiser Franz. Von dem Jahre 1804 bis 1811)*, núm. 946/1811, 275-465; *Codice civile universale austriaco. Edizione ufficiale* (Venezia: Tipografi Pinelli ed Andreola, 1815), 311 [§ 1151] y 314 [§ 1158] cuyos textos hemos reproducido más arriba), se comprueba que la redacción dada en segundo lugar corresponde a la incluida en el *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* actualmente vigente. Por lo tanto, ¿qué ocurre?. No se trata de un error de bulto del editor sino que, en realidad, es algo más sencillo y habitual pero que, en el fondo, es la más páfida trampa que el Derecho puede tender a un historiador: la *iuris continuatio*, es decir, la práctica de las versiones consolidadas. Dicho de otro modo, desde hace siglos Austria mantiene el “mismo” Código civil al menos nominalmente ya que su contenido se ha ido actualizando al compás de los tiempos mediante reformas (Änderung).

(132) Franz Edlen von ZEILLER (1751-1828), *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie von ...* (Wien-Triest: In Geistingers Verlags-handlung, 1813), III.2, 489-526, esp. 490-491 y, en concreto, 490, núm. 1, § 1151: “Nach den in den vorhergegangenen Hauptstücken abgehandelten entgeltlichen Verträgen über das vollständige oder unvollständige Eigenthum und das Benützungsrecht von Sachen, in der engern Bedeutung, fol-

Así, pues, hemos visto la semejanza que aparece al *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756) con el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer* (1811) porque ambos tratan unitariamente la institución mediante el expediente de considerar a la *locatio conductio operis* como una forma de *locatio conductio operae* y, en este punto, concuerdan con el prusiano *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794). Pero, respecto a este último Código y a causa de su peculiar estructura, conviene hacer algunas precisiones antes de abordar su análisis. En conjunto, el *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) regula la *locatio conductio operarum* en dos sedes: en las relaciones entre amos y domésticos en el ámbito del Derecho de familia (cap. II,5 §§ 1-208) (133) y, por otra parte, en los modos

gen nun entgeltliche Verträge über Dienstleistungen, wodurch Handlungen gegen Geld (§§ 1151-1172), oder Handlungen gegen Sachen oder gegen Handlungen (§§ 1173 u[nd] 1174) versprochen werden.. Sie gründen entweder ein vorübergehendes, oder (§ 1172) ein bleibendes Dienstverhältniss. Die ersteren haben theils körperliche, theils Geistesarbeiten zum Gegenstande (§§ 1151-1163), worunter sich hauptsächlich die Darstellung und Vervielfältigung der Geistes-Producte (§§ 1164-1171) auszeichnet. Hieraus entstehet 1) der Lohnvertrag, 2) der Verlagsvertrag, und 3) der Vertrag zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstgesinde. Dass auch bey diesen Verträgen, so wie bey allen übrigen, die Grundsätze von Verträgen überhaupt vor Augen gehalten werden müssen, verstehtet sich von selbst." y 502-503 y, en concreto, 502, núm. 1-2, § 1158: "1. Der Begriff eines Lohnvertrages (§ 1151) unterscheidet sich von dem ihm sehr nahe kommenden Mieth- oder Bestandverträge (§ 1090), und von dem mit dem letztern sehr übereinstimmenden Kaufvertrage (§ 1092), nur in Rücksicht des Gegenstandes, weil in den beyden letztern, für Geld eine Sache, in der engern Bedeutung; in dem erstern dagegen Arbeiten und Dienste versprochen werden. 2. Allein auch dieser Unterschied verschwindet, wenn der Verfertiger eines Werkes zugleich den Stoff liefert, und ein schon verfertigtes Werk, folglich eigentlich eine Sache, in dem engern Sinne, übergibt. Anders verhält es sich aber schon wieder, wenn ein Besteller den Plan und die Art der Verfertigung vorschreibt, oder wenn er den Stoff dazu auswählt, obschon der Verfertiger die Kosten zur Anschaffung vorschiesset."

(133) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, (Berlin: In der Buchhandl. das kön. preuss. geh. Comerzien-Rathes Pauli, 1794²), III, 276-298, §§ 1-208 [cap. II,5 §§ 1-208 (II. Theil. Fünfter Titel. Von den Rechten und Pflichten der Herrschaften und des Gesindes)] [= *Code Général pour les États Prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice* [Traduit par:

de adquirir la propiedad y, en concreto, entre los contratos de intercambio entre *Sachen-Handlungen* o entre *Handlungen-Handlungen* (cap. I,11,8 §§ 894-924). En esta última sede y con otras compañías que ahora no interesan, hay –como decíamos– una serie de párrafos dedicados a la *locatio conductio operarum* (§§ 894-924) que van seguidos por otra serie en que se regula la *locatio conductio operis* (§§ 925-980). Pero, lo importante es que, en el prusiano *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) (134) y según

Emmanuel Brosselard, Mathias Weiss et Auguste-Jacques Lemierre d'Argy] (Paris: Imprimerie de la République, An X [= 1801]), II.1, 262-284, §§ 1-208 [cap. II,5 (II. Partie. Tit. V. Des droits et devoirs des maîtres et des domestiques)].

(134) *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, (Berlin: In der Buchhandl. das kön. preuss. geh. Comerzien-Rathes Pauli, 1794²), I, 382-405, §§ 869-1036 [cap. I,11,8 (I. Theil. Eilfter Titel. Von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche sich in Verträgen unter Lebendigen gründen. Achter Abschnitt. Von Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden), esp. 386-391 [§§ 894-924] y 391-398 [§ 925-980] y, en concreto, 386, § 894: “[1. Verträge zwischen Herrschaften und gemiethetem Gesinde. a. Verträge mit gedungenen Handarbeiten und Tagelöhnern] Die Verträge zwischen Herrschaften und gemiethetem Gesinde, ingleichen mit gedungenen gemeinen Handarbeitern und Tagelöhnern, gehören unter diese Classe von Verträgen (Th. II, Tit. V).”; 386, § 895: “Ein gedungener Handarbeiter ist schuldig, die Arbeit verabredetermaassen, unter der Aufsicht oder nach der Vorschrift dessen, der ihn gedungen hat, zu verrichten.”; 386-387, § 896: “So lange er diese Vorschrift befolgt, darf er dem, welche ihn gedungen hat, nicht für den Ausschlag der Arbeit stehen, oder die fehlgeschlagene Unternehmung vertreten.”; 389-390, § 917: “Veranlasst ein Zufall, dass die Arbeit ganz abgebrochen werden muss: so erhält der Arbeiter für das bereits Geleistete kontraktmässige Vergütung ; ausserdem aber ist kein Theil dem andern zur Schadloshaltung verpflichtet.”; 390, § 920: “[3. Verträge mit Handwerkern und Kunstlern] Was vorstehend von gemeinen Handarbeitern verordnet ist, findet in der Regel auch alsdann statt, wenn Werkmeister oder Künstler zur Verrichtung einer gewissen Arbeit gedungen werden.”; 390, § 921: “Doch sind diese die Arbeit nach den Regeln ihrer Kunst zu verrichten, und dabey auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.”; 390, § 922: “Hat aber der Dingende eine gewisse Art, wie die Arbeit verrichtet werden solle, ausdrücklich vorgeschrieben : so ist der Arbeiter, wofern nicht Polizeygesetze entgegen stehen, sich darnach zu richten verbunden.”; 390, § 923: “Er darf jedoch dabey nur für ein mässiges Versehen haften, und in so fern ihm dergleichen Versehen nicht zur Last fällt, den Erfolg auf keine Weise vertreten.”; 390-391, § 924: “In den Fällen, wo der gemeine

Koch –uno de sus más reputados intérpretes–, la *locatio conductio operis* es tratada como una especie particular de la ya más arriba citada categoría de contratos de intercambio en la que el prestador de *operae* se obliga “*nicht bloss zu einer Arbeit*” sino a “*ein ganzes*

Handarbeiter nach den § 909. 910. 918. Tagelohn für die Wartezeit fordern kann, muss dem Werkmeister oder Künstler eine billige Vergütung, nach richterlichem Ermessen, ausgesetzt werden.”; 391, § 925: “[4. *Verträge über ein bedungenes Werk*] Ist ein Werkmeister oder Künstler nicht bloss zu einer Arbeit gedungen, sondern ihm ein ganzes Werk in Pausch und Bogen angebrungen worden; so finden zuvörderst die allgemeinen Grundsätze § 869 sqq. Anwendung”; 391, § 926: “Auch wenn der Werkmeister die Materialien herzugeben übernommen hat, fann ein solcher Vertrag, unter dem Vorwande einer Verletzung über oder unter der Hälfte, weder von einem noch dem andern Theile angefochten werden (§ 876)”; 394, § 956: “Ist die Auswahl und Anschaffung der Materialien dem Werkmeister überlassen worden ; so muss er auch dabey ein geringes Versehen vertreten.”. [= *Code Général pour les États Prussiens, traduit par les membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice [Traduit par: Emmanuel Brosselard, Mathias Weiss et Auguste-Jacques Lemierre d’Argy]* (Paris: Imprimerie de la République, An IX [= 1800]), I.1, 359-379, §§ 869-1036 [cap. I,11,8 (I. Partie. Tit. XI. Des titres d’acquisition de propriété qui sont fondés sur des contrats entre-vifs. Sec. VIII. Des contrats par lesquels on promet des choses pour des actes, ou des actes pour des actes)], esp. 362-367 [§§ 894-924] y 367-373 [§ 925-980] y, en concreto, 362-363, § 894: “[*Contrats entre les maîtres et les serviteurs*] Les conventions entre les maîtres et les serviteurs à gages, ainsi qu’avec les manouvriers, journaliers ordinaires, appartiennent à la classe de contrats dont il s’agit ici (partie II, tit. V).”; 363, § 895: “Un manouvrier est tenu de remplir la tâche convenue, sous la direction ou suivant les ordres de celui qui l’a engagé”; 363, § 896: “Tant qu’il exécute les ordres à lui donnés, il n’est point garant envers celui qui l’emploie, du résultat du travail ni du mauvais succès de l’entreprise.”; 365-366, § 917: “Si, par un événement fortuit, l’ouvrage doit être complètement détruit, l’ouvrier reçoit, pour ce qu’il a déjà fait, une compensation conforme à la nature du contrat; mais, d’ailleurs, aucune des parties ne doit de dédommagemens à l’autre.”; 366, § 920: “[*Contrats avec les maîtres ouvriers et artistes*] Ce qui est statué ci-dessus concernant les manouvriers ordinaires, a lieu dans la règle, lorsque des maîtres ouvriers ou artisans sont engagés pour l’exécution d’un certain travail.”; 366, § 921: “Ils son obligés d’exécuter le travail dans les règles de leur art, et ils sont responsables, même d’une faute légère”; 366, § 922: “Lorsque la commande exprime positivement de quelle manière l’ouvrage doit être fait, l’ouvrier est tenu de s’y conformer, en tant que les lois de police ne s’y opposent pas.”; 366, § 923: “Il ne doit cependant répondre que d’une faute médiocre dans l’exécution ; et si cette faute ne lui est pas

Werk in Pausch und Bogen” (§ 925). Y, si en este tratamiento unitario hallamos la semejanza que une este Código prusiano con los anteriores, la diferencia radica en que éste considera como *locatio conductio operis* los dos supuestos ya repetidos varias veces: no solo cuando los materiales son aportados por el *locator operis* sino también cuando los subministra el *conductor operis* (135). En cual-

imputable, il n'est pas garant des suites.”; 366-367, § 924: “Dans les cas énoncés articles 909, 910 et 918, où le manouvrier peut demander le prix de journée pour le temps intermédiaire entre la cessation et la reprise du travail, on doit allouer à un maître ouvrier ou artisan une compensation équitable, d'après l'arbitrage du juge.”; 367, § 925: “[*Contrats pour des ouvrages à l'entreprise*] Lorsqu'au lieu d'engager un maître ouvrier ou artisan pour un travail journalier, on lui confie un ouvrage en bloc, les dispositions générales, établies art. 869 et suivans, son principalement applicables”; 367, § 926: “Lorsque le maître ouvrier se charge de fournir les matières, ce contrat ne peut être attaqué par aucune des deux parties, sous prétexte de lésion de plus ou moins de moitié (art. 876)””; 370, § 956: “Lorsque le choix et la fourniture des matières lui [= entrepreneur] ont été laissés, il est responsable; à cet égard, d'une faute même légère”].

(135) C[hristian] F[riedrich] KOCH (1798-1872), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von ...*, (Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1862⁴), I.1, 958 [ad § 869], núm. 1: “[...]. Unter diesen allgemeinen Begriff sollen die verschiedenen Spezies von Dienstmiete und Verdingungen, ausser dem Falle eines Unterwürsigkeitsverhältnisses, so wie die unbenannten Kontrakte in den Formen facio ut facias, facio ut des, do ut facias zusammengefasst werden. [...]”; 967 [ad § 920], núm. 4 A: “Die Leistungen der gewöhnlichen Handwerker, auch wenn dieselben das zu verarbeitende Material liefern, sind nur als Arbeiten, nicht als ein Werk schaffende Thätigkeit im Sinne der §§ 925 ff. zu beurtheilen. [...]” y 968 [ad § 925], núms. 23c y 24: “23c. [...]. Der Begriff eines vorbedungenen Werks im Sinne des § 925 erfordert die Kombination der Arbeit und verarbeiteter Materialien zu einem neuen Produkte, sowie eine für das fertige Werk als ein Ganzes bedungene Vergütung in Pausch und Bogen. [...]. Die juristische Bezeichnung der ‘Kombination’ ist: Spezifikation, und die des ‘Produkts’ ist: neue Spezies. [...]. 24. [...]. Der Vertrag über ein verdungenes Werk bleibt Miete, wenngleich der Meister den Stoff hergiebt. Deshalb braucht zu einem Bauvertrage, worin der Baumeister die Lieferung der Materialien übernimmt, nur der allgemeine Vertragsstempel, nicht der Stempel für Lieferungsverträge verwendet zu werden. [...]” Según dice Koch en el texto anterior, el Código prusiano consideraba que habría *locatio conductio operis* aún cuando los materiales fueran aportados por el artífice

quier caso, esta diferencia (136) no cambia la tendencia general:

(*conductor operis*); pero, aunque –en una frase extrañamente pleonástica– COING afirma lo contrario (Helmut COING, *Europäisches Privatrecht. II. 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern von ...* (München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989), § 96, 485 = Helmut COING, *Derecho privado europeo. II. El siglo XIX. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín* (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996 [orig. 1989]), § 96, 599: “De acuerdo con la doctrina dominante en el Derecho común, el contrato de obra fue limitado por la compraventa en cuanto que había que aplicar el derecho de la compraventa cuando el fabricante suministraba los materiales. [...]. El ALR considera también como contratos de obra los contratos en que la obra se debe realizar con material del que la encarga. [...].”), nos reafirmamos en lo dicho porque FÖRSTER –otro reputado experto en el Derecho prusiano– coincide y confirma la interpretación dada por KOCH (Franz FÖRSTER (1819-1878), *Preussisches Privatrecht. Auf der Grundlage des Werkes von ... Bearbeitet von M. F. Fecius*, (Berlin: Verlag von Georg Reimer, 1892⁶), II, § 138, 278: “[...]. Die Gefahr an den Materialien trägt deren Eigenthümer, also der Theil, der sie liefert. Das kann auch der Werkmeister sein, ohne dass der Vertrag sich deshalb in einen Kaufvertrag verwandelt. [...].”)

(136) Como ejemplo del punto de vista que sobre esta cuestión tenía la tradición precedente en base al Derecho romano (aceptada e incluida en los Códigos bávaro y austríaco) pero, precisamente, dado por un afamado jurista prusiano de la época en que se redactó el Código prusiano, *vid.* Georgii Ludovici BOEHMERI (1715-1797), *Electa iuris civilis* (Goettingae [= Göttingen]: Sumtibus Victorini Bossiegelii, 1767), I, 377-407 (Exercitatio XII. De iure mercedis opificum in concursu creditorum), esp. 378-381, §§ II-III: “II. Qui artem exercent operis cuiuscunque, ope corporis conficiendi, opifices dicuntur. Iidem sensu generali artifices vocantur (a: *vid.* l. 1 § 7 D. de extraord. cognit. [= D. 50,13,1,7 (Ulp. 8 de omn. trib.)], l. 12 § 8 C. de aedific. privat. [= CJ. 8,10,12,8 (Zeno, 474-491)], l. un. Cod. de monopol. [= CJ. 4,59,2(1) (Zeno, 483)]. In l. 1 C. de excusationib. artificum [= CJ. 10,66(64),1 (Const., 337)] exhibetur indiculus XXX artificum, ad quem commentatus est Iacobus Gothofredus in Commentario ad Cod. Theod. tom. V, p. 58 et Guido Pancirolus in peculiari dissert. de corporibus artificum subiuncta Notitiae Imp. Orient. p. 197.), ipsis nominibus, ab opere, eoque arte faciendo, deductis (b: Paulo aliter Festus de verb. significat. hac voce, allusionis rationem magis secutus. *Artifices dicti, quod scientiam suam per artes exercent, sive quod apte opera inter se artent, qua ex causa etiam artes appellatae sunt.*), rem ipsam illustrantibus. Differunt ab iisdem operariis, qui operas tantum corpore praestant, sed artem non faciunt. Hi ipsis opificibus in opere conficiendo ministerium praebent, inde non praeter rem in vernacula Handlanger dicti, cum opifices Werkmeister vel Handwerker appellentur (c: Conf. Frid. Ge. Struvius in Systemate iurisprud. opificiariae,

este Código –como los anteriores– se mantiene dentro de la bipartición subdividida.

tom. II. lib. I, c. 1 § 34 [= *Fridericus Gottlieb Struvius, Systema juris-prudentiae opificariae in formam artis redactae, ...*]). III. Sed solent artifices duplici praesertim interveniente contrahendi modo artificium praestare, locatione conductione et emtione venditione. Si in opere conficiendo non nisi operas ex artificio exhibent pro mercede, operarum tantum sunt locatores, ut sunt architecti in aedibus impensa domini exstruendis operas tantum praestantes, vel quadratarii, saxa alterius vel marmora quadrata adornantes pro mercede. *Operis conductores sunt, dum opus in re alterius suis impensis pro mercede faciendum suscipiunt.* Hi et operis redemptores vocantur (a: L. 51 § ult. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*], l. 60 § 3 D. locati cond. [= *D. 19,2,60,3 (Lab. post. 5 a Iav. epit.)*], l. 17 § pen. D. de usur. [= *D. 22,1,17,7 (Paul. sing. de usur.)*], l. 2 D. de operib. publ. [= *D. 50,10,2 (Ulp. 3 opin.)*]), et illi, pro quibus illud conficiunt, operis locatores. Nam ecce *cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.* Verba sunt Pauli i[uris]c[onsul]ti (b: in l. 22 § 2 D. locat. cond. [= *D. 19,2,22,2 (Paul. 34 ad ed.)*]). Quamvis in hac specie emtio venditio intervenisse videatur, quod materia hic proficiscatur a conductore, et ipse lapides, tigna, caementa praestet, eorumque proprietatem in me transferat: alia tamen et fortior ratio locationem esse suadebat, quod non tam singula emerem constitutio pretio, quam potius locarem opus in area mea, impensa conductoris faciendum, et sic conducerem operas artificis ad insulae exstructionem. Denique si artifex opus ex re sua suisque impensis pro certo pretio faciendum suscipit; magis venditionem operis seu speciei confectae init, eritque operis venditor. Mixtum ex locatione et venditione negotium hoc videbatur Cassio (c: § 4 l. de locat. cond. [= *IJ. 3,24,4*]), cum concinius existimaret Sabinus, simplex hoc et unum negotium censer, tantumque emtionem et venditionem esse. In hoc i[uris]c[onsul]torum eiusdem scholae et sectae auctorum dissensu, sententiae Sabini, quam et Caius secutus erat (d: in l. 2 § 1 D. locat. cond. [= *D. 19,2,2,1 (Gai. 2 rer. cott.)*]), calculum adiecit Iustinianus (e: in § 4 l. de locat. [= *IJ. 3,24,4*]). *Quaeritur, inquit, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emtio venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiae quidem emtionem venditionem contrahi, operae autem locationem. Sed placuit tantum emtionem et venditionem contrahi.* Id videlicet in hoc negotio agi censetur, ut opus secundum leges conventionis faciendum, quod totum est ipsius artificis, alteri vendatur. Opus conficiendum mercem constituit, uti pecunia conventa operis pretium, in quo constituendo tam materiae quam

3.3. La teoría (dogmáticamente) triunfante: La tripartición (*locatio conductio rei-locatio conductio operarum-locatio conductio operis*)

A mediados del siglo XIX y en el seno de la Pandectística (137), la bipartición –que había sido la teoría históricamente dominante durante varios siglos– entró en crisis y fue substituída por una nueva teoría (la tripartición) que rompía con la tradición precedente e inauguraba una nueva sistemática que prácticamente ha llegado hasta la actualidad. Básicamente, fue la profundización en el análisis del objeto de la obligación lo que llevó a la creación de esta nueva sistemática tripartita de la *locatio conductio* que consistía en distinguir entre: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*. Como decíamos y aunque quizás no lo parezca a la luz de la versión

artificii ratio habetur. Quas in eo faciendo artifex collocat operas, non tam alteri locat, quam sibi ipsi solvit, in specie ex re sua arte adornanda. Perinde omnino est, utrum quis speciem ab artifice confectam et ad vendendum expositam emat, an eandem ex re sua faciendam pro certo pretio stipuletur?. Ceterum inter hoc negotium et inter operis redemptionem multum discriminis intercedit, siquidem artifex redemptor operas suas locat in opere ex substantia sibi subministrata faciendo, suggestis simul expensis, quas operis faciendi ratio exigebat, cum contra in illo casu artifex operas in rem propriam impendat, quam, opera et arte certo modo conformatam, alteri pro convento pretio praestare promisit. Quod discrimen indicavit Sabinus apud Pomponium (f: in l. 20 D. de contrah. emt. [= D. 18,1,20 (Pomp. 9 ad Sab.)]). Conf. Ger. Noodt ad Pand. tom. II oper. p. 422 [= Gerardus NOODT, *Operum omnium. II. Commentarium in D. Justiniani sacratissimi principis libros XXVII Digestorum sive Pandectarum*]): Sabinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam vel vas aliquod, seu etiam vestem, ut nihil aliud quam pecuniam daremus: emtionem videri nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret: aliter atque si aream darem, ubi insulam aedificaret: quoniam tunc a me substantia proficiscitur." (Hemos identificado las fuentes y obra citadas entre corchetes).

(137) Para una caracterización de la Pandectística, *vid.* WIEACKER, *História do Direito privado moderno ...*, § 23, 491-524; MOLITOR et SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado ...*, 87-89; WESENBERG et WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa ...*, § 25, 287-293; ORESTANO, *Introduzione allo studio ...*, 259-290; EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, § 63, 372-376; KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, 124-127; ROBINSON, FERGUS et GORDON, *European Legal History ...*, 266-268; MEDER, *Rechtsgeschichte ...*, 296-312; LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland ...*, 221-237.

tricotómica de la bipartición subdividida (138), se trataba de una verdadera ruptura con la tradición. Así, debe resaltarse la gran y radical diferencia que separa esta última configuración sistemática de las anteriores: mientras ésta postulaba la existencia de tres instituciones distintas, las anteriores partían de una visión unitaria de la institución locativa que se compaginaba –sin considerarlo una contradicción– con la distinción interna de diferentes subtipos de *locatio conductio*.

Según hemos apuntado mucho más arriba, Carl August WEISKE (1784-1840) publicó en la temprana fecha de 1829 un extenso análisis de la *locatio conductio operis* en el que, sin mayores explicaciones, parecía otorgarle completa autonomía institucional (la presentaba como un contrato consensual en y por sí mismo) y, a falta de contexto, entonces dejamos pendiente la duda de si le debíamos considerar el precursor de la tripartición (139). En este momento y después de urgar en sus obras, hemos hallado una indiscreción incidental que permite entrever su visión sistemática de la *locatio conductio* y, por esta vía, resolver la duda planteada: según WEISKE, *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* se distinguen porque la primera supone una actividad subjetiva que el *locator operarum* desarrolla subordinado a la dirección y bajo la responsabilidad del *conductor operarum* y, en cambio, la segunda comporta un trabajo objetivo que el *conductor operis* desarrolla independientemente y bajo su propia responsabilidad hasta la obtención del resultado (140). A la vista de lo anterior y si tenemos en cuenta

(138) Para esta versión tricotómica de la bipartición subdividida, *vid. supra* nota 123.

(139) Para esta reflexión y los textos en que se basa, *vid. supra* nota 127.

(140) Carl August WEISKE (1784-1840), *Handbuch des allgemeinen deutschen Landwirthschaftsrechts von ...* (Leipzig: E. B. Schwickert, 1838), § 287 (*Opus, opera*, gemiethete Arbeiter und Dienstleute. Dienst und Arbeitslohn), 265-266: “Das Arbeiten überhaupt (*opus*), geschieht von Menschen und Arbeitsthieren); *opera* ist Menschenarbeit, subjective Thätigkeit, wofür Lohn (*merces*), tagweise, wochenweise etc. gewährt wird. Tagearbeiter, Tagelöhner, Gesinde, Dienstboten. Aber die Arbeit kann auch objectiv übernommen werden für ein Stück Arbeit (*opus locatum*), z. B. für Bearbeitung des *ager Cornelianus*. Stückarbeiter, Accordarbeiter (Aüsdrusch gegen eine Quote). Bei der subjectiven Arbeit leidet der anstellende Eigenthümer (*dominus*), die Production in allen ihren Operationen, und da er überall durch sein *arbitrium* eingreist, so hat der Arbeiter diese und den Erfolg

que su contribución pasó posteriormente casi desapercibida, no nos queda otro remedio que –con cierto disgusto– adjudicar a WEISKE el papel de precursor marginado. A riesgo de caer en un juicio de intenciones, este casi nulo eco posterior de WEISKE quizás pueda explicarse mejor de otro modo: su contribución no fue apreciada como debía porque, como el propio autor no reivindicó –porque quizás ni siquiera le daba la importancia que tiene para nosotros– el valor sistemático de su hallazgo, nadie consideró que pudiera estar cuestionando el paradigma sistemático dominante (bipartición subdividida) sino que WEISKE simplemente había ampliado y pormenorizado un análisis que lo confirmaba (141).

Pero, según dijimos más arriba, el impulso decisivo hacia la formación del paradigma sistemático de la tripartición se encuentra en la profundización en el análisis del objeto de la obligación por parte de destacados juristas alemanes. A diferencia de lo ocurrido otras veces, la nueva orientación no procedía de la reflexión sobre la propia institución sino que, en esta ocasión, se fraguó y cayó desde los cielos de la dogmática jurídica. En sendos estudios sobre aspectos generales del Derecho de obligaciones y con pocos años de distancia, Friedrich MOMMSEN (1818-1892) y Rudolf Johann BURCHARDI

weiter nicht zu vertreten. Aber bei der objectiven Uebernahme bleibt der Unternehmer für das Gelingen verhaftet, bis der Herr ihn liberirt. Das Gesinde, die Dienstboten, sind durch die *locatio operarum*, wie der Tagelöhner, gemiethet; sie unterscheiden sich aber dadurch von ihm, dass sie durch ein engeres Band an den Ermiether geknüpft sind, dass sie zu dessen *familia*, im weitem Sinn, gehören, und den besonderen gesetzlichen provinciellen für das Verhältniss zwischen dem Dienstboten und der Dienstherrschaft vorhandenen Vorschriften unterworfen sind."

(141) Para el único jurista que cita el estudio de WEISKE sobre la *locatio conductio operis*, vid. MÜHLENBRUCH (1785-1843), *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, ..., § 414, 439-441; MÜHLENBRUCH (1785-1843), *Doctrina Pandectarum* ..., § 416, 398. Como se recordará, MÜHLENBRUCH era uno de dos juristas que estaban interesados en establecer los rasgos diferenciales de la *locatio conductio operis* (vid. *supra* nota 117) y, para alcanzar este objetivo, utilizaba dos obras de modo desigual: simplemente enumeraba la publicada por GESTERDING en 1818 (GESTERDING (1781-1841), "*Ueber die Contracte*, ...", 81-121, esp. 89-114, § 2-6) y, en cambio, citaba varias veces la publicada por WEISKE en 1829. Esta clara preferencia por WEISKE se explica porque su obra no sólo era más reciente sino también mucho más profunda y detallada.

(1832-1873) dedicaron su atención al análisis de las prestaciones que eran propias de los “tres” contratos que emergían de la vetusta matriz locativa y, por lo tanto, los diferenciaban entre sí. Pero, para nuestros intereses inmediatos y después de lo visto hasta ahora, no hay duda que la mayor dificultad que debía salvarse radicaba en hallar el criterio adecuado para autonomizar la *locatio conductio operis*, es decir, distinguirla de la *locatio conductio operarum*. MOMMSEN y BURCHARDI resolvieron de modo parecido este nudo gordiano: así, pues, debía distinguirse entre *Tätigkeit-Arbeit-operae* y *Erfolg-Resultat-opus* como las prestaciones propias respectivamente de *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* (142).

(142) Friedrich MOMMSEN (1818-1892), *Beiträge zum Obligationenrecht von ... I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1853), § 8, 78-81: “[...]. Diese *operae* werden entweder nur nach dem äussern Masstabe der Zeit (eine bestimmte Zahl von Arbeitstagen) zum Gegenstande der Obligation gemacht, oder insofern, als durch dieselben ein bestimmtes *opus* zuwege gebracht werden soll. [...]. Aus diesem Grunde ist auch der Contract, als dessen Gegenstand die *operae* Freier am häufigsten vorkommen, die *locatio operarum* in den Quellen sehr dürftig behandelt. Wir gehen jetzt zu dem Fall über, wenn die *operae* in der Art zum Gegenstande des Vertrages gemacht sind, dass dadurch ein *opus* zuwege gebracht werden soll. Das Unterscheidende dieses Falles ist, dass die *operae* nur als der mittelbare, das Resultat, welches durch dieselben herbeigeführt werden soll, als der unmittelbare Gegenstand der Obligation betrachtet wird. Dagegen kommt die besondere Beschaffenheit dieses Resultats für den Begriff des *opus* nicht in Betracht. Das *opus* kann nun ein solches sein, dass es auf die Art, wie es hervorgebracht wird, gar nicht oder nur in geringem Masse ankommt, z. B. wenn ein Transport von Sachen verdungen ist. Alsdann ist es schon nach dem oben Erwähnten im Allgemeinen nicht zweifelhaft, dass die Leistung keinen persönlichen Charakter hat. Die Zuverlässigkeit, die Redlichkeit des Annehmers wird allerdings auch hier von dem Gläubiger in Betracht gezogen werden; in der Regel geschieht dies aber nur insofern, als er will, dass dieser für die richtige Ablieferung am Bestimmungsorte hafte. In anderen Fällen kann der Werth des *opus* je nach der Ausführung der Arbeit ein sehr verschiedener sein, so bei den meisten Handwerksarbeiten.”; § 31, 364-365: “Abgesehen von dem eben angegebenen Moment unterscheidet sich aber die Leistung des *Redemptor* in wesentlichen Beziehungen von den Leistungen des Sachenvermiethers und des *locator operarum*. Sie lässt sich nicht, wie die letzteren, in eine Reihe an einander sich anschliessender Leistungen auslösen; vielmehr ist sie regelmässig eine durchaus einheitliche Leistung, einheitlich durch die Richtung auf Hervorbringung eines *opus*.”

Casi inmediatamente después y en una obra de clara orientación

Ferner ist eine momentane Erfüllung nur insofern ausgeschlossen, als es sich um die Ausführung des *opus* handelt; sowie das *opus* beendet ist, lässt die Leistung des *Redemptor* eben so sehr, wie die Leistung des Verkäufers, eine momentane Erfüllung zu. Diese Verschiedenheit kann, wenn wir inneren Gründen folgen, nicht ohne Einfluss auf die Behandlung der casuellen Unmöglichkeit sein. Da durch die Untheilbarkeit des *opus* eine theilweise Erfüllung der Obligation ausgeschlossen ist, so kann hier, falls die casuelle Unmöglichkeit vor der Vollendung des *opus* eintritt, durch die von Seiten des Schuldners zur Erfüllung der Obligation bereits vorgenommenen Handlungen ein Anspruch auf einen Theil der Gegenleistung nicht begründet sein. Umgekehrt müssen aber, sowie das *opus* vollendet ist, consequenterweise dieselben Grundsätze, wie bei dem perfecten Kaufcontract, zur Anwendung kommen. Wie aus dem bisher Bemerkten hervorgeht, steht die *locatio operis* dem Kaufcontract weit näher, als dies in Ansehung der *locatio operarum* der Fall ist; aber freilich nicht dem perfecten Kaufcontract, sondern dem Kauf einer *res futura*, indem das *opus*, dessen Ausführung den Gegenstand der Obligation bildet, noch nicht vorhanden ist, sondern erst entstehen soll. Diese Berwandschaft ist auch im römischen Recht anerkannt, indem die für ein bestimmtes pretium übernommene Ausführung eines *opus*, falls der Arbeiter auch das Material hergiebt, als Berkauf betrachtet wird.”; R[udolf] J[ohann] BURCHARDI (1832-1873), *Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülphen bei der Erfüllung von Obligationen. Eine civilistische Abhandlung von ...* (Kiel: Verlag von Carl Schröder & Comp., 1861), § 18, 131: “Das Wesen der Obligation auf ein *opus* besteht darin, dass mit einer speciellen Sache eine solche Umarbeitung vorgenommen werde, welche entweder die Substanz derselben verändert (Ausbesserung einer vorhandenen Sache), oder dass sonst irgend ein äusserlich hervortretender Erfolg an einer Sache ausgeführt werde, z. B. eine räumliche Veränderung. Es soll hier also durch die Arbeit des Unternehmers Etwas hervorgebracht werden, was bisher noch gar nicht existirte, das Objekt der Obligation soll erst geschaffen und kann nach Belieben des Unternehmers auf diese oder auf eine andere Weise zu Stande gebracht werden. Vor der Existenz desselben ist mithin völlige Unbestimmtheit des Leistungsobjekts vorhanden; die Obligation ist wie die generischen gleichsam nur auf einen Werth gerichtet, den die Arbeiten des Unternehmers zu Gelde angeschlagen repräsentiren und welcher der Summe des Auswandes an Zeit, Kosten, Mühe gleichsteht. Das Verhältniss der einzelnen Arbeiten zum Ziele muss sich aus diesem Grunde anders stellen, als bei den Obligationen auf *operae*. Während hier die Arbeiten des Debtors der eigentliche Gegenstand der Schuld sind, bilden sie bei den Obligationen auf ein *opus* bloss Mittel zur Erfüllung. Das *opus* ist durchaus verschieden von den Arbeiten des Unternehmers, es ist ein ganz anderer Gegenstand, als diese.”

teórica, el filósofo –y, además, reputado hispanista (143)– Adolf HELFFERICH (1813-1894) ya sacaba conclusiones, pero utilizando aún un vocabulario con regusto tradicional: basándose en el objeto de la prestación, distinguía entre *Tätigkeit* y *Werk in Verding* como las prestaciones propias, respectivamente, de *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* (144). Y, en su tratado de Derecho mercantil, Wilhelm ENDEMANN (1825-1899) seguía la distinción pero, como le interesaba poner de relieve su dimensión laboral, añadía otro criterio que ya tenía cierta tradición y un futuro por delante (145): mientras el *locator operarum* prestaba sus servicios subordinado al *conductor operarum*, el *conductor operis* gozaba de una

(143) Al respecto, *vid.* Jesús LALINDE ABADÍA, “El hispanista alemán Adolf Helfferich (1813-1894)”, in: *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 66 (1996), 987-1002.

(144) Adolf HELFFERICH (1813-1894), *Die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage von ...* (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1863), § 102, 179: “[...]. Der Zweck des Vertrags geht jedesmal auf bestimmte Arbeitsleistung; es ist aber etwas Anderes, ob die gemiethete Arbeitskraft während einer bemessenen Frist überhaupt zu einer verabredeten Thätigkeit verwendet wird (*locatio conductio* [obductio, *corr.*] *operarum*, Dienstvertrag), oder ob Derjenige, der seine Arbeitskraft vermietet, ein bestimmtes Werk in Verding nimmt (*locatio conductio operis*, Werkverding, Arbeitsaccord). In Kraft des Dienstvertrags, weil bei ihm das Persönliche der Leistung im Vordergrund steht, haftet der Ausführende nur für seine eigenen Versehen, und hat den Zufall erst dann zu tragen, wenn er die Arbeit an sich unmöglich macht; beim Werkverding, dessen Spitze auf das Object der Leistung vorzugsweise gerichtet ist, genießt der Uebernehmer die grösste persönliche Freiheit, trägt dafür aber auch überwiegend die Gefahr des Zufalls [...]”

(145) Para la cierta tradición, *vid.* UNTERHOLZNER (1787-1838), *Quellenmässige Zusammenstellung ...*, II, § 507.II, 347-348: “Der Unternehmer muss die Ausführung der Arbeit zu leiten haben: sonst ist eine Dienstvermietung und kein Gedinge vorhanden. Gewöhnlich wird dann auch der dem Unternehmer zu entrichtende Lohn nicht nach auch der Arbeitszeit, sondern im Verhältniss zu dem, was vollbracht worden ist, bestimmt: doch ist dies nicht wesentlich, und es kann z. B. auch bei der Verdingung festgesetzt werden, dass der Unternehmer Tag für Tag so und so viel haben soll (n. d: L. 51 § 1 D. loc. 19.2 [= D. 19,2,51,1 (*Iav. 11 epist.*)]).” (Hemos identificado la fuente citada entre corchetes). Para el futuro, *vid. infra* notas 158 y 160. Sobre esta interpretación de la fuente citada y nuestros remilgos al respecto, *vid. supra* nota 37.

posición autónoma o independiente respecto el *locator operis* en la realización de la obra (146).

Una vez aposentado este fundamento, el proceso que debía culminar con la formulación explícita de la tripartición ya resultó imparable. En la década siguiente, se concretó la autonomía institucional de la *locatio conductio operis* mediante los estudios monográficos de Julius Albert GRUCHOT (1805-1879) sobre el *Werkverdingungsvertrag* y de Heinrich DANKWARDT (1825-¿?) sobre la *locatio conductio operis*. En el artículo de GRUCHOT, la influencia de la distinción anterior es evidente y reconocida hasta tal punto que, en las primeras páginas, ya queda apuntada o, mejor dicho, invocada la tripartición (147).

(146) Wilhelm ENDEMANN (1825-1899), *Das Deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt von ...* (Heidelberg: Verlag von Vangel & Schmitt, 1865), § 150, 714-715: “Die Arbeitsgeschäfte bezwecken entweder dem einen Kontrahenten, dem Arbeitgeber, die Arbeitskraft des andern, des Arbeiters, in irgend einem grösseren oder kleineren Umfang zu eigenem Gebrauche, d. h. so zu verschaffen, dass der Arbeitgeber darüber disponiren kann. In diesem Fall arbeitet der Arbeiter unselbstständig im Dienste des Arbeitsherrn. Oder sie sollen dem Arbeitgeber den Erfolg der Arbeitsleistung des Arbeiters verschaffen. In diesem Fall ist das Arbeitsgeschäft Vertrag über das Produkt einer Arbeitsleistung. Der Arbeiter leistet hier die Arbeit zwar im Interesse und auf Anregung des Arbeitgebers, der ebendeshalb den Lohn aufwendet; aber nicht im Dienste desselben, sondern als eigene Unternehmung, weil er aus der Arbeitsleistung ein selbstständiges Geschäft macht. Nothwendig muss der verschiedene Grundcharakter selbstständiger Arbeit und der Vermietung der Arbeitskraft, und zwar nicht blos in der leicht zu modifizirenden Stellung des Arbeitgebers zu der Ausführung der Arbeit, sondern namentlich auch in den Grundsätzen der Gefahr, welche anders für unselbstständige Arbeit, und anders für selbstständige sich geltend macht, zu rechtlichem Ausdruck gelangen.”

(147) J[ulius] A[lbert] GRUCHOT (1805-1879), “Zur Lehre von dem Werkverdingungsvertrage”, in: *Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts durch Theorie und Praxis. Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben von J[ulius] A[lbert] GRUCHOT*, núm. 13 (1869), 1-74, esp. § 1, 1: “Das römische Recht fasst bekanntlich den Werkverdingungsvertrag auf als eine Unterart der *locatio conductio* und zwar des auf den Gebrauch einer Arbeitskraft gerichteten Miethvertrages. Es wird hier unterschieden zwischen *locatio conductio operarum* –Dienstmiethe– und *locatio conductio operis* –Werkverdingung–. [...]”; § 1, 5: “[...] Dieselben führen der Regel nach den Dienst- und Verdingungsvertrag als eine besondere Art des Miethvertrags auf. [...]” y, sobre todo, § 2, 7: “Um nun das Wesen des Werkverdingungsvertrages kennen zu

En cambio, tanto la figura como el trabajo de DANKWARDT merecen cierta atención especial. En perspectiva, no hay duda que DANKWARDT debe ser considerado por méritos propios como el especialista en las dos formas laborales de la *locatio conductio* porque, antes de la monografía que nos interesa, ya había publicado dos libros relacionados con el tema: en 1852, uno sobre el *Gesinde* –variedad germánica de la *locatio conductio operarum* centrada básicamente en el servicio doméstico– en el derecho territorial del Gran Ducado de Mecklenburg-Schwerin (148) y, en 1857, otro sobre el papel del Derecho en la economía nacional en el que, incidentalmente en unas notas y por propia autoridad, parece disponer de la clave para otorgar autonomía institucional a la *locatio conductio operis* (149). Sin

lernen, ist von Allem die Unterscheidung desselben von dem Dienstvertrage in's Auge zu fassen. [...]” y, para demostrarlo, a continuación citaba los trabajos de Mommsen, Burchardi, Helfferich y Endemann que ya conocemos (al respecto, *vid. supra* notas 142, 144 y 146).

(148) Para la definición del *Gesindevertrag* que el autor centra –básicamente pero no exclusivamente– en los servicios que los *Dienstboten* (criados) prestan a los *Dienstherrn* (amos) consistentes “besondere Kunst oder besonderes Gewerbe”, *vid. H[einrich] DANKWARDT* (1825-¿?), *Das Mecklenburg-Schwerinsche Gesinde-Recht. Versuch einer juristischen Abhandlung von ...* (Rostock: G. B. Leopold, 1852), §§ 9-10, 15-17, esp. 16. Sobre el *Gesinde*, *vid. Gustav HERTZ*, *Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters*, (Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner, 1879); Wilhelm KÄHLER (1871-1934), *Gesindewesen und Gesinderecht in Deutschland*, (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1896); Otto KÖNNECKE (1887-¿?), *Rechtsgeschichte des Gesindes in West- und Süddeutschland von ...*, (Marburg: B. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912). Todas estas obras que acabamos de enumerar contienen un capítulo o epígrafe dedicado a establecer la definición de *Gesinde* desde un punto de vista jurídico y, significativamente, sólo Kähler cita un trabajo de DANKWARDT (129, nota 3) pero no precisamente el que nos ocupa sino el publicado muchos años más tarde en la revista de JHERING (*vid. infra* nota 150). Para una visión general de la historia del *Dienstvertrag* en el Derecho germánico y, en especial, el *Gesindevertrag*, *vid. Otto von GIERKE* (1841-1921), “Die Wurzeln des Dienstvertrages”, in: *Festschrift für Heinrich Brunner zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 8. april 1914* (München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1914), 37-68, esp. 44-47.

(149) H[einrich] DANKWARDT (1825-¿?), *Nationalökonomie und Jurisprudenz. II. Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Miethe. III. Umlauf der Güter (Fortsetzung). Die Schenkung* (Rostock: G. B. Leopold's Universitäts-Buchhandlung (Ernst Kuhn), 1857), 43: “Da das Object des Geschäfts

embargo, a causa de la posición periférica tanto del Derecho provincial que estudiaba como quizás del propio autor –siempre firmó sus trabajos como abogado en ejercicio en Rostock–, estas obras debieron pasar hirientemente desapercibidas y, cuando la revista de JHRERING le rescató para la ciencia veinte años más tarde, aprovechó la oportunidad para reivindicar la “simple existencia” de la primera que había sido –en el tono del discurso, se sobreentiende que deliberadamente– ignorada (150). Sin embargo, el cuerpo de este artículo autoreivindicativo era bastante desigual porque, si bien inicialmente y de forma prometedora planteaba un concepto de Derecho del trabajo con cierto regusto socialista (151), su desarrollo

nicht in der *res locata*, sondern in ihren immateriellen Productivdiensten besteht, welche als besondere Güter erst im Augenblick ihrer Nutzung, d. h. ihrer Consumption durch den Miether entstehen (núm. 110), so solgt dass der Vermiether seine contractlichen Verpflichtungen nicht, wie der Verläufer einer Sache, *uno actu* erfüllen kann. Sein, wenn man so sagen will, –Traditions-geschäft besteht in einer sertlauseden Reihe von Leistungen und ist erst mit dem Ablauf der Miethzeit beendet (núm. 111).”; 43, núm. 110: “Ebenso bei der *loc. cond. operarum*. Die *loc. cond. operis* hat das Eigenthümliche, dass ihr Gegenstand nicht die Productivdienste der Arbeit sind, sondern dieser in einem durch die Arbeit zu producirenden materiellen oder immateriellen Werth (*opus*) besteht. Die zur Herstellung des *opus* nöthige Arbeit ist also nur indirect Gegenstand des Geschäfts.” y 43-44, núm. 111: “Ebenso bei der *loc. c. operarum*. Anders bei der *l. c. operis*. Der *redemptor operis* erfüllt seine Verpflichtung *uno actu* durch die Ueberweisung des verabredeten in der gehörigen Art oder Form hergestellten *opus*. Nicht die Arbeit (*operae*), sondern das durch die Arbeit entstandene Product (*opus*) ist gekauft. Daher ist der *redemptor operis* während der Herstellung des *opus* den Anordnungen des *locator operis* nicht unterworfen.”.

(150) H[einrich] DANKWARDT (1825-¿?), “Der Arbeitervertrag”, in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, núm. 14 (1875), 228-283, esp. 228.

(151) DANKWARDT (1825-¿?), “Der Arbeitervertrag ...”, § 12, 237: “Es [= das Arbeiterrecht] ist der Complex von Rechtssätzen, welcher sich auf die ‘arbeitende Classe’ bezieht, und gehört theils dem Staatsrecht (Polizei-Straf- Prozess-Recht) theils dem Privatrecht an. Letzteres regulirt das Verhältniss des Arbeitgebers zum Arbeiter.”. Para una valoración bastante crítica de este concepto de Derecho del trabajo que el recensionado había valorado como significativa por la presencia de la ‘clase trabajadora’, vid. Theo MAYER-MALY, “Recensión a: Günther Bernert, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert* (Beiträge zum Arbeitsrecht, Band 8), Elwert Verlag, Marburg, 1972, 359 p.”, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*

acababa desembocando en la vetusta *locatio conductio operarum* (152) y, en una operación que un siglo antes hubiera sido del agrado de POTHIER (153), pretendía completar su régimen jurídico mediante la analogía con la *locatio conductio rei* (154). Pero, en lo que respecta a nuestros intereses, su solución era una autoremisión: para resolver la distinción entre la ahora estudiada *locatio conductio operarum* y la *locatio conductio operis* debía leerse otro artículo suyo que, dedicado a esta última institución, había publicado en el número anterior de la misma revista de JHERING (155). El artículo citado responde a las expectativas suscitadas: no sólo da cuenta del carácter de su autor (lo considera –con cierto exceso de desenvoltura– la primera monografía sobre la *locatio conductio operis*) (156) sino

moderno [*Il 'Socialismo giuridico'. Ipotesi e letture. II*], núm. 3-4 (1974-1975), 645-650, esp. 647.

(152) DANKWARDT (1825-¿?), "*Der Arbeitervertrag ...*", § 17, 239: "Die *locatio conductio operarum* ist der Vertrag, durch welchen der eine Contractant (Arbeiter) dem andern (Arbeitsgeber) für einen (absolut oder relativ) bestimmten Zeitraum seine Dienste gegen einen bestimmten Lohn in Geld zur Verfügung stellt. Dass die Dienste operae locari solitae sind, ist nicht mehr erforderlich."

(153) *Vid. supra* nota 104.

(154) DANKWARDT (1825-¿?), "*Der Arbeitervertrag ...*", § 21, 241: "[...]. Es bleibt nur noch zu bemerken, dass als Hauptquelle das römische Recht zu betrachten ist, die meisten Rechssätze aber erst im Wege der Analogie gefunden werden müssen, also auf Deduction beruhen. Die Vorschriften des römischen Rechts nämlich, welche speciell vor der loc. cond. operarum reden, sind sehr spärlich und durchaus unzureichend. Die Analogie der loc. rei muss daher meistens aushelfen." A semejanza de lo ocurrido con su concepto de Derecho del trabajo (*vid. supra* nota 151), para una dura crítica tanto a su remisión a la *locatio conductio operarum* (*vid. supra* nota 152) como sobre todo a este recurso a la analogía con la *locatio conductio rei*, *vid. Martin BECKER, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland. Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs, von ...* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1995), 135-136.

(155) DANKWARDT (1825-¿?), "*Der Arbeitervertrag ...*", § 17, 239, núm. 2: "[...]. Ueber das Moment, wodurch sich die loc. operis von der loc. operarum unterscheidet, siehe Dankwardt in Jhering's Jahrb. XIII N.F. I Drittes Heft Nr. 7 § 3." Para el artículo citado, *vid. infra* nota 156.

(156) H[einrich] DANKWARDT (1825-¿?), "Die *locatio conductio operis*", in: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, núm. 13 (1874), 299-380, esp. § 9, 316: "Eine Monographie der locatio conductio operis existirt nicht. Dagegen findet sich eine, wie-

que, además, tiene la virtud de plantear abiertamente la necesidad de independizar la *locatio conductio operis* como institución (157) y, sobre todo, ofrece un criterio claro para distinguir entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*: la diferencia entre ambas instituciones radica en quien asume la dirección del trabajo y, por lo tanto, mientras en la *locatio conductio operarum* quien trabaja (*locator operarum*) está subordinado o en posición dependiente bajo la dirección de quien le contrata (*conductor operarum*);

wohl nicht eben reichhaltige, Litteratur über Einzelfragen. Diese hier indessen zusammenzustellen, wäre nutzlos. Es wird genügen, sie an dem betreffenden Orte anzuführen.”. Pero, como ya sabemos, esta afirmación es gratuita y completamente incierta: no sólo GESTERDING había escrito sobre la *locatio conductio operis* sino sobre todo existía el nada despreciable estudio monográfico de WEISKE (al respecto, *vid. supra* notas 127 y 141).

(157) DANKWARDT (1825-¿?), “Die *locatio conductio operis* ...”, § 2, 303-304, núm. 4: “In sofern kann man allerdings mit Windscheid (Lehrb. des Pandectenrechts § 411) diesen Vertrag [= *locatio conductio operis*] als einen ‘besondern Fall’ der Dienstmiethe bezeichnen. Allein dies ist kein Grund, die *loc. operis* in der Darstellung mit der *loc. operarum* zu vermengen, und gleichsam nur beiläufig, als ein Ding anzuführen, welches man sich nebendei merken könne. Die *loc. operis* ist ein besonderes Institut und die für sie geltenden eigenthümlichen Rechtssätze sind zahlreich genug, um den Complex derselben als ein eigenes Rechtsinstitut zu behandeln, ihm also eine besondere Rubrik einzuräumen. Dies ist denn auch von Arndts (Lehrb. der Pand. § 315) und andere Pandectisten geschehen, und Windscheids Verfahren muss als ein Ruckschritt in der Darstellung dieser Materien bezeichnet werden. Vgl. Sintenis, das practische gem. Civilr. Bd. 2, § 118. S. 668. –Von der richtigen Definition der *loc. operis* hängt die Entscheidung wichtiger Rechtsfragen ab. Vgl. unten § 29 und 31. Ungenauigkeit in der Begriffsbestimmung hat hier bei namhaften juristischen Schriftstellern Schwanken in der Entscheidung von Einzelfragen zur Folge gehabt.”. Y, para su definición de *locatio conductio operis*, *vid.* DANKWARDT (1825-¿?), “Die *locatio conductio operis* ...”, § 3, 304-305: “Auch der *conductor operis* verspricht, wie der *locator operarum* seine Dienste, verpflichtet sich also dem *locator operis* zur Arbeit; aber er übernimmt die Herstellung oder Beschaffung eines *Opus*, also das dazu erforderliche Arbeitsquantum, – und die alleinige Leistung, Direction der Arbeit. Es giebt Einen Fall der *loc. operarum*, welcher nur durch eine seine Grenzlinie von der *loc. operis* unterschieden wird, nämlich den, wo ein Gewerbetreibender einen Gehülfen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit engagirt, um während derselben Fabricate gewisser Art anzufertigen, und der Arbeiter für jedes Fabricat, das er anfertigen werde, einen bestimmten Lohn haben soll. Der Vertrag ist *loc. operarum* mit einer Nebenberedung über den Modus zur Berechnung der Merces.”

en la *locatio conductio operis*, el *conductor operis* realiza la labor de forma completamente independiente o autónoma del comitente, es decir, de quien se la encarga (*locator operis*) (158). A estas alturas, este criterio y la fuente romana en que se basa ya nos es conocido (159) pero, cuando DANKWARDT la adoptó, ya tenía y, en el futuro, aún conseguiría prosélitos (160).

(158) DANKWARDT (1825-¿?), “Die *locatio conductio operis* ...”, § 3, 304-305, núm. 2: “So definirt auch Donell a. a. O. § 13. Ebenso Unterholzner, die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Bd. II, S. 347. Sintenis a. a. O. S. 671 dagegen behauptet, dass es zwar regelmässig, aber nicht wesentlich sei, dass der *Conductor* die Leistung der Arbeit habe, indem er sich auf l. 51 § 1 eod. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*] stützt. Allein diese Stelle widerlegt grade diese Behauptung. Javolenus sagt hier: – Wenn ein Arbeiter zur Anfertigung eines *Opus* gedungen sei, aber rück-sichtlich der *Merces* in Tagelohn stehe, so sei damit die *loc. operis* nicht ausgeschlossen, andrerseits stehe auch nicht fest, dass der Vertrag *loc. operis* sei; es frage sich vielmehr, wer die Leitung der Arbeit habe; wenn sie der Arbeiter habe, so liege *loc. operis* vor und der Arbeiter hafte für das *opus vitiosum*, habe sich aber der *Dominus* die Leitung reservirt, und deshalb die *Merces* als Tagelohn verabredet, so sei der Arbeiter blosser *Operarius* und hafte solglich nicht für das *opus vitiosum*: –*poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur, tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.*” (Hemos identificado la fuente citada entre corchetes. El texto latino citado en cursiva reproduce el párrafo final de la misma fuente).

(159) Sobre esta interpretación del párrafo final de *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)* (incluyendo nuestros remilgos al respecto) de la cual deriva este criterio, para quien la había formulado (Unterholzner) y quien había defendido este criterio hasta este momento (Endemann), respectivamente *vid. supra* notas 37, 145 y 146.

(160) Para los seguidores de este criterio, *vid. Carl Friedr[ich] Ferdinand SINTENIS* (1804-1868), *Das practische gemeine Civilrecht von ... II. Das Obligationenrecht* (Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1868³ [orig. 1847]), § 118.B.b, 680: “Die Verdigung setzt regelmässig ferner voraus, dass, wenn zwar dem Unternehmer ganz genaue Bendingungen und Bestimmungen gegeben werden können und bei einigermaassen bedeutenden Arbeiten gewöhnlich gegeben werden, wie das auszuführende Werk beschaffen sein soll, dennoch die Art der Ausführung dem Ermessen desselben anheimgegeben bleibt, so dass ihm deren Leitung zusteht (n. 142. Dies folgt u. A. aus fr. 51 in f. h. t. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*] (*universitas consummationis*), ist aber auch sonst der Natur des ganzen Verhältnisses entsprechend).” y § 118.B.b, 681: “Möglich ist aber auch, dass der Ver-

Y, prácticamente en la misma época en que GRUCHOT y DANKWARDT publicaron sus trabajos, Heinrich DEGENKOLB (1832-1909), August BECHMANN (1834-1907) y Alfred PERNICE (1841-1901) se atrevían a criticar el paradigma sistemático anterior (el *Gegenstand der Leistung*, es

dingende die Ausführung der Arbeit ganz nach seiner Leitung und seinem Ermessen ausbedungen hat, dann ist der Unternehmer zu nichts weiter verpflichtet, als demgemäss zu verfahren, und hat für den Ausfall und die Güte der Arbeit nicht weiter einzustehen (n. 149: Fr. 51 § 1 in f. h. t. [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*]: der konkrete Fall, *ut in operas singulas merces constituta sit*, ist hier für zufällig zu halten, und nicht davon absolut abhängig, dass das *opus* dem *arbitrium domini* untergeordnet werden kann; nur wird dann der Lohn gewöhnlich auf solche Weise bestimmt werden)."; Alois BRINZ (1820-1887), *Lehrbuch der Pandekten von ...*, (Erlangen: Verlag von Andreas Deichert, 1882² [orig. 1860]), II.2, § 332.II.1, 762: "[...]. Nur Arbeiten, welche unter der Herrschaft und nach Anordnung des Arbeitsgebers verrichtet werden, bei denen der Leistende sich also in dienendem Verhältnisse zum Empfänger verhält, nicht beliebiges Thun, sind operae. [...]"; DERNBURG (1829-1907), *Pandekten ...* (1894⁴ [orig. 1886]), II, § 112, 306-307: "Die Dienstmiethe hat es nur mit solchen Arbeiten zu thun, die nach Anordnung und Geheiss der Arbeitgebers zu geschehen haben (n. 2: Brinz Bd. 2 S. 762)." y § 113, 310, n. 10: "[...]. Der Unternehmer haftet für Fehler nicht, wenn er auf Anweisung des Bestellers gehandelt hat, es sei denn, dass er als Kunstverständiger den nicht sachverständigen Arbeitsherrn auf die Gefahren der Ausführung aufmerksam machen musste. Vgl. I. 51 § 1 [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*], I. 60 § 3 D. h. t. 19,2 [= *D. 19,2,60,3 (Lab. post. 5 a Iav. epit.)*]." = DERNBURG (1829-1907), *Diritto delle obbligazioni ...* (1903), § 112, 486: "La locazione dei servigi riguarda solo quei lavori che devono esser compiuti secondo le istruzioni e gli ordini di chi dà il lavoro (n. 2: Brinz, vol. II, p. 762)." y § 113, 492, núm. 12: "[...]. L'imprenditore non è tenuto pei difetti, se abbia agito sulle istruzioni del committente, solvochè egli, come perito nell'arte, avrebbe dovuto avvertire il padrone, non perito, sui pericoli dell'esecuzione. Cfr. fr. 51 § 1 [= *D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)*]; fr. 60 § 3 D. h. t. 19,2 [= *D. 19,2,60,3 (Lab. post. 5 a Iav. epit.)*] [...]." (Hemos identificado las fuentes citadas entre corchetes). Sin embargo, es necesario fijarse en la diferente actitud de cada uno de ellos: mientras SINTENIS usa el criterio para resaltar la independencia del *conductor operis* (salvo si actúa siguiendo las instrucciones del *locator operis*); BRINZ lo utiliza para subrayar la subordinación del *locator operarum* a la dirección del *conductor operarum* y, finalmente, DERNBURG mantiene una posición ambivalente ya que, por una parte, asume la lectura del criterio hecha por BRINZ para el *locator operarum* y, por otra, defiende a *sensu contrario* la independencia del *conductor operis* excepto si actúa bajo las instrucciones del *locator operis* (en el fondo, pues, la lectura de SINTENIS). Como es evidente, esta

decir, el objeto de la prestación era la clave para diferenciar entre sí los contratos locativos) y, citándose en cascada para dar sensación de opinión extendida y compartida, reclamaban abiertamente la instauración de la tripartición locativa como nuevo paradigma sistemá-

puntualización obedece a nuestros remilgos sobre la interpretación del párrafo final de D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.) (*vid. supra* nota 37) porque, si bien la lectura de SINTENIS y la concordante de DERNBURG resultan aceptables, la posición de BRINZ es ambigua porque, si no se conoce el transfondo, su afirmación es impecable (como apreciación general sobre la configuración de la *locatio conductio operarum*) pero, si se sabe que deriva de la fuente citada según la interpretación de UNTERHOLZNER (*vid. supra* nota 145) y DANKWARDT (*vid. supra* nota 158), entonces no hay más remedio que afrontar el problema: ¿el párrafo final de D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.) contiene una *locatio conductio operis* o bien una *locatio conductio operarum*?. Según la respetable y autorizada opinión de MOMMSEN, este nudo gordiano se debe cortar sin contemplaciones: se trata de una simple *locatio conductio operarum* porque quien realiza la obra (*conductor operis*, según el texto) trabaja completamente subordinado a las instrucciones de quien la encargó (*locator operis*, debemos suponer esta denominación) y, con esta configuración, dejan de tener cualquier sentido los puntales (aprobación y resultado) en que se hubiera fundado de haber sido una *locatio conductio operis* (MOMMSEN (1818-1892), *Beiträge zum Obligationenrecht ... I. Die Unmöglichkeit der Leistung ...*, § 31, 386: “[...]. Ist die Leistung vollständig theilbar, so gilt dasselbe, wie die *locatio operarum*; der Arbeiter kann dann immer für diejenigen Theile der Arbeit, welche er zur Zeit des Eintretens der casuellen Unmöglichkeit bereits ausgeführt hatte, den entsprechenden Theil der Gegenleistung in Anspruch nehmen. Sehr häufig wird man in diesem Fall das Geschäft gar nicht als eine *locatio operis*, sondern nur als eine *locatio operarum* betrachten können (nota 19).” y, sobre todo, § 31, 386, nota 19: “Für die Unterscheidung dieser Fälle ist namentlich die in der vorigen Note schon citirte L. 51 § 1 D. *locati* [= D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)] von Bedeutung. Hier werden zwei Fälle neben einander gestellt; in dem einen dieser Fälle, in welchem der Arbeiter ganz nach der Instruction des Bauherrn zu arbeiten hat, liegt nur eine *locatio operarum* vor; dagegen wird das Geschäft in dem anderen Fall, in welchem eine Approbation bedungen ist, trotz dem, dass die Gegenleistung nach Arbeitstagen berechnet wird, als eine *locatio operis* angesehen. Aus der bedungenen Approbation geht hervor, dass der Arbeiter für die Güte der Arbeit im Ganzen haftet, dass also das Resultat der Arbeit den eigentlichen Gegenstand des Contracts bildet; wie es denn auch in L. 51 § 1 cit. heisst: ‘*universitas consummationis ad conductorem pertinet*’ [= D. 19,2,51,1 (Iav. 11 epist.)].”) (Hemos identificado la fuente citada entre corchetes).

tico (161). Además, en el mismo período, el romanista austríaco Valentin PUNTSCHART (1825-1904) publicaba un concienzudo estudio del riesgo en las obligaciones de intercambio y, para analizar las correspondientes a la *locatio conductio*, no sólo estructuraba su exposición

(161) DEGENKOLB (1832-1909), *Platzrecht und Miethe ...*, 130-133, esp. 130: "Die locatio geht in drei Kategorien auseinander: locatio rei operis operarum. Der Versuch, alle drei, vor allem die locatio rei und die locatio operis, aus einem obersten juristischen Grundbegriff abzuleiten, ist oft gemacht, aber soweit ich sehe stets gescheitert." y, sobre todo, 130-131, núm. 2: "Ausnahmen vorbehalten; s. L. 31 D. de solut. XLVI 3. Am entschiedensten steht der hier vertretenen Ansicht Windscheid gegenüber, s. Heidelb. krit. Zeitschr. II 141 und Pandekten §§ 399. 401. Die Werkverdingung geht nach seiner Darstellung in der Dienstmiethe unter. Für unser heutiges Recht möchte das allenfalls angehen; der römischen Anschauung widerspricht es schon wegen des Makels der operae locari solitae, die Entreprise als solche stand auf einer anderen Stufe. Und man darf dies nicht etwa ans der Qualität der von dem conductor geleisteten 'Arbeit' erklären, aus der höheren geistigen Leistung, welche in dem Entwerfen und Leiten gegenüber dem Ausführen besteht. Die freie geistige Arbeit als solche, d. h. als die des freien Mannes würdige Arbeit, war unschätzbar und fiel deshalb überhaupt aus der locatio heraus."; BECHMANN (1834-1907), *Der Kauf ...*, I, 428-435, esp. 428: "Während sich aber Sachenmiethe und Dienstmiethe leicht, namentlich durch die Vermittlung der Sklavenarbeit, als die beiden Unterarten desselben Gattungsbegriffes erkennen lassen, scheint sich dies in Beziehung auf die locatio conductio operis anders zu verhalten." y, sobre todo, 428, n. 3: "Die Ansicht, welche die locatio conductio operis gewissermassen nur als Spielart der l. c. operarum auffasst, möchte ich für die moderne Dogmatik nicht unbedingt verwerfen: historisch ist sie unbaltbar. Vgl. Degenkolb a. a. O. S. 130 Anm. 2."; PERNICE (1841-1901), *Parerga. III. Zur Vertragslehre ...*, 239: "[...] Anders bei den Miethsverträgen: die einen behandeln die Verdingung als eine Erscheinungsform der Dienstmiethe (nota 3[a]), die anderen knüpfen sie an die Sachmiethe an (nota 3[b]). Ich halte beides für unzulässig. Allerdings wird bei Sachmiethe und Verdingung regelmässig ein Gegenstand überwiesen, an dem etwas geschehen soll, vielleicht haben die römischen Juristen darin wirklich das die drei Miethsverträge zusammenhaltende Moment erblickt. [...]" y 239, nota 3[a]: "Dies kann man sogar als 'herrschende Meinung' bezeichnen: Arndts, Pand. § 309; Windscheid, Pand. 2, § 399, S. 529; sie liegt z. B. auch der Ausführung von Laband, Staatsrecht, 1, 406 ff. über den Begriff des Amtes zu Grunde und macht sie bedenklich." y también nota 3[b]: "Bechmann, Kauf, 1, 433 f.; ähnlich Hölder, Inst. S. 237." (Hemos añadido letras entre corchetes detrás de la llamada de cada nota para clarificar la duplicación existente en el original).

partiendo de la tripartición (162) sino que, previamente, formulaba la distinción entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* mediante unos términos que el uso reforzó después: respectivamente, *Arbeitsthätigkeit* contrapuesto a *Arbeitserfolg*, es decir, actividad frente a resultado. (163)

En la década final del siglo XIX, había todas las condiciones para realizar balance y consolidar la tripartición como el paradigma sistemático que ha llegado hasta nuestros días. Sin duda, este papel hay que atribuirlo a Heinrich DERNBURG (1829-1907): no sólo establecía la tripartición (164) sino que también definía cada uno de los “tres” contratos locativos según el nuevo paradigma sistemático (165).

(162) V[alentin] PUNTSCHART (1825-1904), *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts. Inductive Grundlegungen mit besonderer Beziehung auf die Fragen der Gefahrnormirung bei Austauschobligationen von ...* (Innsbruck: Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung, 1885), §§ 34-39, 383-476, esp. §§ 36-37, 395-406 (*locatio conductio rei*), § 38, 406-431 (*locatio conductio operarum*) y § 39, 432-476 (*locatio conductio operis*).

(163) PUNTSCHART (1825-1904), *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse ...*, § 35, 388-389: “Die Grundsätze der *locatio conductio operarum* hat schon der römische Prätor –freilich nicht im ordentlichen Processe– auch auf die Honoraransprüche aus geistiger und wissenschaftlicher Arbeit in analoger Weise angewendet, wenn die Arbeit als Arbeitsthätigkeit, nicht als Arbeitsergebnis oder Arbeitsproduct, entlohnt wurde. Heute gebührt der bloss oder vorwiegend geistigen Arbeit nicht bloss Lohn, sondern sogar ein höherer; ers ist aber auch heute zu unterscheiden, ob diese Arbeit als Arbeitsthätigkeit, oder erst als der vereinbarte Arbeitserfolg, oder das Arbeitsproduct zu entlohnen ist.”.

(164) DERNBURG (1829-1907), *Pandekten ...* (1894⁴ [orig. 1886]), II, § 110, 298: “Die Miethverträge stellen uns Sachen oder Arbeitskräfte auf Zeit gegen ein Geldäquivalent zu Diensten. Es giebt drei Hauptarten: a) die Sachenmiethe –*locatio conductio rei*, b) die Dienstmiethe – *l. c. operarum*, c) die Uebernahme eines Unternehmens – *l. c. operis*. [...]” = DERNBURG (1829-1907), *Diritto delle obbligazioni ...* (1903), § 110, 467-468: “I contratti di locazione pongono ai nostri servigi, a tempo determinato, cose o forze lavoratrici, contro un equivalente in danaro. Ve ne sono tre specie principali: a) la locazione di cose – *locatio conductio rei*; b) la locazione di servigi – *locatio conductio operarum*; c) l'assunzione de un'impresa – *locatio conductio operis*. [...]”.

(165) DERNBURG (1829-1907), *Pandekten ...* (1894⁴ [orig. 1886]), II, § 111, 300: “Das Gebiet der Sachenmiethe, d. h. des Vertrages über Einräumung von Sachen zur Benutzung auf Zeit gegen einen Miethzins ist ein

A finales de siglo XIX, Wilhelm ENDEMANN –un jurista cuya opinión ya conocemos (166)– ofrecía la siguiente caracterización de la distinción entre *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*: en esencia, no se aparta de la que él mismo diera treinta años atrás pero ahora incluye una reflexión relativizadora ya que, desde el punto de vista de la teoría económica, la distinción jurídica se puede reconducir a la yuxtaposición entre “trabajo temporal” y “trabajo por pieza”, es decir, “trabajo por obra” (“*Zeit- und Stückarbeit*”) y esto le lleva a plantear como posible un eventual trabajo temporal por pieza acabada en el que la subordinación del trabajador al patrón sería o podría ser más distante y relajada (167).

weites. [...]”; § 112, 306: “Die Vermiethung unserer Dienste auf Zeit gegen Geld ist Dienstmiethe –*locatio conductio operarum*. [...]”; § 113, 308: “Der Vertrag, durch welchen sich ein Unternehmer –*conductor*– gegenüber dem Besteller –*locator*– zur Vollführung eines Unternehmens gegen einen Geldpreis verbindet, ist *locatio conductio operis*, Verdingungsmiethe oder Werkverdingung. [...]” = DERNBURG (1829-1907), *Diritto delle obbligazioni* ... (1903), § 111, 470: “Il campo della locazione di cose, cioè del contratto circa la concessione di cose per l’uso a tempo, contro un prezzo, è assai vasto. [...]”; § 112, 486: “La prestazione dei nostri servizi a tempo, contro danaro, è locazione di servizi –*locatio conductio operarum*– [...]”; § 113, 489: “Il contratto col quale un intraprenditore –*conductor*– si vincola di fronte al committente –*locator*– all’esecuzione di un’impresa, contro un premio in danaro, è la *locatio conductio operis*. [...]”.

(166) *Vid. supra* nota 146.

(167) W[ilhelm] ENDEMANN (1825-1899), “Die rechtliche Behandlung der Arbeit”, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, núm. 67 (1896), 641-708, esp. 652: “Schen wir uns die juristische Konstruktion der vertragsmässigen Uebernahme von Arbeit gegen Entgelt an, so entging den Römern nicht der, freilich ihr seiner vollen Bedeutung erst in der neueren Wirtschaftslehre erfasste, Gegensatz von Zeit- und Stückarbeit. Er spielte mit bei Gegenüberstellung von *locatio conductio operarum* und *locatio conductio operis*. Bei der ersteren handelt es sich um den Gebrauch der Arbeitsleistung als Mittel für seinen Zweck und daher um Unterordnung des Arbeiters unter den Arbeitgeber, bei der letzteren, indem es dem Arbeitgeber um den Arbeiterfolg, das herzustellende Werk zu thun ist, um wenigstens verhältnismässig selbständige Thätigkeit des Arbeiters. Allzu scharf erweist sich allerdings auch diese Unterscheidung nicht. Denn es ist klar, dass Zeitarbeit zugleich auf bestimmten Erfolg, Stückarbeit mit Zeiteinteilung und Begrenzung, sowie namentlich mit mehr oder weniger Gebundenheit des Arbeiters an die Weisungen des Arbeitsgebers vereinbart werden konnte.” y, más adelante, recuerda la visión que de la *locatio conductio operis* dió DERNBURG

Sin duda, la principal repercusión histórica de este nuevo paradigma sistemático fue su influencia en las codificaciones civiles alemana y suiza (168). Como se verá, estos procesos históricos alumbraron como resultado Códigos civiles significativos e importantes pero, en su tratamiento, debe procederse con cautela debido no sólo a su propia complejidad sino también porque nuestra materia afrontó nuevos desarrollos sociales que, principalmente, se concentraron en la vehiculación jurídica tanto de las profesiones liberales como, sobre todo, del proletariado fabril.

Según los moldes jurídicos tradicionales (anclados en el Derecho romano), la actividad de las profesiones liberales se canalizaba a través del contrato de mandato que, aunque era por definición gratuito, ya el mismo Derecho romano había abierto la puerta a la remuneración mediante el expediente de considerarla un “honorario”, es decir, una gratificación o premio que el mandatario entregaba voluntariamente al mandate para agradecerle los servicios que éste le había prestado satisfactoriamente (169). Como es evidente, este

que, en la medida que no se aparta esencialmente de la suya, debemos interpretar como un reconocimiento a su autoridad, 692: “Die loc. cond. operis charakterisiert sich als Verdingung einer Leistung mit ökonomischen Effekt; so die Bearbeitung und Verarbeitung von Sachen, der Transport, die Errichtung von Bauten, sodann künstlerische, technische, wissenschaftliche Leistungen, unter denen man Kreditauskunft eigens aufgeführt findet. Die Werdingung wird zu Werklieferung, wenn der Arbeitende selber das Material liefert. Auch nach dieser Seite hin sind die Andeutungen ziemlich karg”. El mismo trabajo se publicó como separata con el título ligeramente cambiado: Wilhelm ENDEMANN (1825-1899), *Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht* (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1896).

(168) Sobre las codificaciones civiles alemana y suiza, *vid.* WIEACKER, *História do Direito privado moderno ...*, § 25, 536-561 (Alemania) y § 26.I, 561-569 (Suiza); MOLITOR *et* SCHLOSSER, *Perfiles de la nueva Historia del Derecho privado ...*, 103-121 (Alemania) y 124-127 (Suiza); WESENBERG *et* WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa ...*, § 27, 317-326 (Alemania) y § 27.I, 335-336 (Suiza); EISENHARDT, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, §§ 60-64, 361-380 y § 68, 404-411 (Alemania); KROESCHELL, *Deutsche Rechtsgeschichte ...*, III, 180-183 (Alemania); ROBISON, FERGUS *et* GORDON, *European Legal History ...*, 268-271 (Alemania) y 275-276 (Suiza); MEDER, *Rechtsgeschichte ...*, 313-326 (Alemania) y 327-334 (Suiza); LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland ...*, 237-249 (Alemania).

(169) Helmut COING, *Derecho privado europeo. I. Derecho común más*

mandato remunerado era una simulación provocada por los perjuicios que, respecto al trabajo intelectual de las clases educadas, tenía el mundo romano (170). A la luz de la nueva época, estos perjuicios ya no tenían razón de ser y, en conexión, un mandato remunerado que vehiculaba jurídicamente servicios era claramente la pervivencia de un perjuicio histórico que, mediante la simulación, ocultaba la realidad, es decir, su verdadera naturaleza locativa y, por lo tanto, quizás fuera necesario rasgar el velo de perjuicio para adaptar derecho y realidad (171).

En cambio, los mismos esquemas jurídicos tradicionales de origen romanista no tenían especial dificultad en encajar la actividad del proletariado fabril dentro del molde jurídico de la *locatio conductio operarum* pero, en este caso, el desarrollo del sindicalismo y del socialismo no tardaron en poner de relieve que las condiciones impuestas por el mercado y la fábrica desnaturalizaban el vetusto molde locativo (basado en la libertad de ambas partes contratantes que negociaban en igualdad de condiciones) y, por lo tanto, esta nueva y específica naturaleza reclamaba su propio "contrato de trabajo" asalariado (172).

Pero, no adelantemos acontecimientos y retomemos el hilo en las ya antes citadas codificaciones civiles.

antiguo (1500-1800). Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996 [orig. 1985]), § 89, 581-583.

(170) Para los fundamentos romanos de los "honorarios" de las *artes liberales*, vid. Theodor LOEWENFELD (1848-1919), "Inäestimabilität und Honorierung der *artes liberales* nach römischen Recht", in: *Festgabe zum Doctor-jubiläum des Herrn geheimen Raths und Professors Dr. Joh[ann] Jul[ius] Wilh[elm] v[on] Planck von der Juristen-Facultät zu München Juristische überreicht* (München: Christian Kaiser, 1887), 363-467.

(171) COING, *Derecho privado europeo ...*, II, § 96.III, 597-599 y § 97, 602-605.

(172) COING, *Derecho privado europeo ...*, II, §§ 29-31, 235-260 y § 96.III, 597-599.

Para evitar interpretaciones erróneas, conviene aclarar que no pretendemos dar cuenta del proceso de codificación de *Dienstvertrag* y *Verdingungsvertrag* sino simplemente captar el estado en que se encontraba la distinción entre ambos en el período inmediatamente anterior a la elaboración de los Códigos civiles alemán y suizo para llegar a entender cómo dicha distinción cristalizó en ellos. Para agilizar la exposición, hemos elaborado la siguiente tabla en que se agrupan las distintas fuentes que hemos considerado. Además de las fuentes propiamente dichas, usaremos otros materiales relacionados y complementarios para ajustar el sentido de los textos habida cuenta que algunos de ellos fueron sólo proyectos (Hessen, Bayern y Dresden) y otros llegaron a ser normas civiles (Zürich y Sachsen). Como muestra la tabla, nos hemos concentrado en dos criterios principales o definitorios (subordinación y obra para, respectivamente, *Dienstvertrag* y *Verdingungsvertrag*) y, por otra parte, hemos añadido dos criterios adicionales (*operae liberales* y suministro de materiales para, respectivamente, *Dienstvertrag* y *Verdingungsvertrag*) para fines ulteriores.

LA DISTINCIÓN DIENSTVERTRAG — VERDINGUNGSVERTRAG				
FUENTES	DIENSTVERTRAG [= CONTRATO DE SERVICIOS]		VERDINGUNGSVERTRAG [= CONTRATO DE OBRA]	
	SUBORDINACIÓN	OPERAE LIBERALES	OBRA	MATERIALES
HESEN (1853)	§ 220	—	§ 230	§ 231
ZÜRICH (1856)	§ 1560, § 1563	§ 1567	§ 1572	§ 1574
BAYERN (1861)	§ 492	—	§ 511	<i>Motiven</i> , 166
SACHSEN (1863)	—	§ 1230	§ 1243	§ 1244
DRESDEN (1866)	§ 622	§ 615	§ 634	§ 635

En la tabla y con un simple vistazo, se apreciaba una casi unanimidad en la aceptación y seguimiento de los dos criterios principales o definitorios.

Por un lado y salvo la excepción del Código sajón (que luego explicaremos debidamente porque está relacionada con la problemática de las *operae liberales*), las fuentes restantes presentan definicio-

nes semejantes del contrato de servicios (*Dienstvertrag*) y, por regla general en otros párrafos, incluyen como criterio que lo caracteriza la subordinación del prestador de servicios o trabajador (*Arbeiter, Lohnarbeiter, Dienstverdingen*) a las instrucciones u órdenes de su patrón (*Dienstherrn, Lohngeber, Dingenden*) [Hessen, § 220 (173);

(173) Para la definición de *Dienstvertrag* y la regla sobre la subordinación en el proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 1. Gesetzesentwurf* (Darmstadt: Druck der L.E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 219-229, 60-63, esp. 60, art. 219: "Es kann Jemand nur seine eigenen Dienste verdingen. Eine Afterverdingung gedungener Dienste findet nicht statt"; 60, art. 220: "Der Dienstverdingen hat die versprochenen Dienste zur bestimmten Zeit, oder, wo eine solche nicht voraus bestimmt ist, auf Verlangen des Dingenden zu leisten. Auch ist er die Dienste nach der ihm vom Dingenden ertheilten Vorschrift, oder in Ermangelung einer solchen, nach seiner besten Einsicht zu leisten schuldig.". Para la correspondiente exposición de motivos de los citados párrafos del proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 2. Motive* (Darmstadt: Druck der L.E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 219-229, 88-92, esp. 88-89: "[...]. Hat dagegen Jemand seine eigenen Dienste verdungen, so ist entweder die Art und Zeit ihrer Leistung vorausbestimmt worden oder nicht. Im ersten Falle richtet sich selbstverständlich Alles nach dieser Bestimmung. Im letzten Falle dagegen hat der Dienstverdingen die Dienste nach seiner besten Einsicht zu leisten, sobald der Dingende sie verlangt, indem dieser solche dann auch schon sofort, gemäss der in Art. 233 B. I ausgestellten allgemeinen Regel, fordern kann (Art. 220). [...]."

Zürich, § 1560 y § 1563 (174); Bayern, § 492 (175); Dresden, §

(174) Para la definición de *Dienstvertrag* y la regla sobre la subordinación en el Código cantonal de Zürich, *vid. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (Zürich: In der Schulthess'schen Buchhandlung, 1856), §§ 1560-1566, 368-369, esp. 368, § 1560: “Durch den Lohndienstvertrag verpflichtet sich der Eine, als Arbeiter nach der Anordnung des Andern (Lohnherrn, Dienstherrn) persönliche Dienste zu leisten, wogegen dieser hinwieder jenem Lohn verspricht”; 369, § 1563: “Der Arbeiter ist verpflichtet, die versprochene oder übungsgemässe Arbeit zu leisten und die Hausordnung des Meisters oder Herrn zu beachten.”. Para el correspondiente comentario de los citados párrafos por parte del principal redactor del Código cantonal de Zürich, *vid. [Johann Caspar] BLUNTSCHLI (1808-1881), Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von ... III. Forderungen und Schulden [Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von ...]* (Zürich: Druck und Verlag von Fr. Schulthess, 1855), §§ 1560-1566, 477-485, esp. 477, § 1560: “1. Der gemeinsame Charakter der in dem neunten Abschnitt behandelten einzelnen Verträge besteht darin, dass der eine Kontrahent sich zu einer Arbeitsleistung oder Geschäftsbesorgung aus Auftrag des Andern verpflichtet, während dieser hinwieder jenem zu einer Gegenleistung in Geld verbunden wird. Von dem Auftrag unterscheiden sie sich durch ihre Zweiseitigkeit (§ 1179). Von den Verträgen über entgeltliche Benutzung einer Sache darin, dass sie auf Arbeit, nicht auf Genuss einer Sache gerichtet sind (§ 1560). 2. Lohndienstvertrag (*locatio conductio operarum*). Er unterscheidet sich von dem Honorarvertrag (§ 1567 ff.) durch die Natur der Dienstleistungen und die untergeordnete Stellung, welche der Arbeiter gegenüber dem Dienstherrn einnimmt. Es entsteht durch denselben ein persönliches Abhängigkeitsverhältniss der Arbeiters, während bei den freien Diensten der Beauftragte eine selbständigere Stellung dem Auftraggeber gegenüber behauptet”; 479, § 1563: “Übungsgemässe Arbeit. Das Verhältniss ist nicht so enge und nicht in dem Grade familienartig, wie das der Dienstboten. Die Arbeitsleistungen sind bestimmter und beschränkter. Aber eine gewisse Analogie wirkt doch auch hier ein und ist eine natürliche Folge der Abhängigkeit des Arbeiters von dem Lohnherrn. Vergl. § 453. Es sind hier verschiedene Stufen, z. B. des Fabrikarbeiters und des Gesellen zu unterscheiden und das Herkommen und die Sitte zu beachten.”.

(175) Para la definición de *Dienstvertrag* y la regla sobre la subordinación en el proyecto de Baviera, *vid. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. Theil I. Hauptstück ... Von den Rechtsgeschäften. Theil II. Recht der Schuldverhältnisse* (München: Christian Kaiser, 1861), arts. 484-510, 116-121, esp. 116, art. 484: “Die Dienstverdingung besteht in der Uebereinkunft zweier Personen, wodurch die eine (der Dienstverdingter, Lohnarbeiter) der anderen (dem Dingenden, Lohngeber) gegen einen bestimmten Lohn Dienste zu leisten verspricht”; 117, art. 492: “Der

622 (176)]. Y, por otra parte, todas las fuentes consideradas están de acuerdo en que el criterio que define al contrato de obra

Dienstverdingen hat die versprochenen Dienste zur bestimmten Zeit oder, wenn eine solche nicht vorausbestimmt ist, auf Verlangen des Dingenden zu leisten. Er hat dieselben nach der unter Berücksichtigung der Ortsübung auszulegenden Übereinkunft und, soweit nichts ausbedungen ist, nach Anweisung des Dingenden, in deren Ermangelung aber auf eine dem Gegenstande und Zwecke der Dienstleistung entsprechende Weise nach bester Einsicht zu leisten.”. Para la correspondiente exposición de motivos de los citados párrafos del proyecto de Baviera, *vid. Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern* (München: Christian Kaiser, 1861), arts. 484-510, 162-165, esp. 162: “Dienstverdingung und Werkverdingung, obgleich in mehrsacher Beziehung verwandt, unterscheiden sich wesentlich in Betreff ihres Objektes, indem bei der ersten die Dienst- oder Arbeitsleistung unmittelbar selbst, bei der zweiten das Produkt derselben, ein durch die Arbeit geschaffenes Werk, den Gegenstand des Vertrages bildet. Es würde für die Darstellung wenig gewonnen, wenn man anderwärtigen Versuchen folgend, die beiden Verträgen gemeinsamen Vorschriften hervorheben wollte, und der Entwurf hat deshalb jeden derselben gefondert behandelt”; 162, [art. 484]: “Die Zufuge der Leistung von Diensten von der einen und eines dafür zu gebenden bestimmten Lohnes in Geld oder andern Leistungen von der andern Seite bildet das Wesen der Dienstverdingung. Die Festsetzung dieses Lohnes darf nicht in die Willführ des einen oder des anderen Kontrahenten gestellt seyn; es ist aber nicht nothwendig, dass der Vertrag desselben durch den Dienstvertrag ausdrücklich bezeichnet sey. Es genügt, dass die vertragsmässig zu leistenden Dienste solche seyen, für welche gewöhnlich Lohn gegeben wird, und das seine zureichenden Gründe zur Annahme der Absicht einer unentgeltlichen Dienstleistung vorliegen, um den Vertrag in dieser Beziehung nach der besteheuden obrigkeitlichen Festsetzung oder dem Ortsgebrauche zu ergänzen”; 162-163, [art. 492]: “Der Vertrag wird zur Erfüllung der Zwecke und Bedürfnisse des Dingenden eingegangen, seine Anweisung muss daher hierin vor Allem als massgebend betrachtet werden, und dem Verdingen steht es nicht zu, seinen Eigenwillen dagegen geltend zu machen, so lange ihm keine dem Inhalte oder der Intention des Vertrages zuwiderlaufende Zumuthung gemacht wird.”

(176) Para la definición de *Dienstvertrag* y la regla sobre la subordinación en el proyecto de Dresden, *vid. B[ernhard] FRANCKE, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover,*

(*Verdingungsvertrag*) es la producción o realización de una obra por parte del contratista (*Übernehmer, Werkunternehmer*) a petición o por encargo del comitente (*Besteller, Werkbesteller*) [Hessen, § 230 (177); Zürich, § 1572 (178);

Württemberg, Hesse-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von ... (Dresden: Carl Höckner, 1866), arts. 614-633, 122-125, esp. 122, art. 614: “Durch den Dienstvertrag wird der Dienstverdingter dem Dingenden (Dienstherrn) zu den Leistung von Diensten, der Dingende dem Dienstverdingter dagegen zu der Entrichtung einer Vergütung (Lohn, Honorar) verpflichtet. Eine Bergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Bergütung zu erwarten war.”; 123, art. 622: “Der Dienstverdingter hat die Dienste in der vereinbarten Weise und, soweit letztere nicht besonders vereinbart worden ist, nach den Anweisungen des Dienstherrn, in Ermangelung einer solchen aber auf eine dem Gegenstande und dem Zwecke der Dienstleistung entsprechende Weise nach bester Einsicht auszuführen.”.

(177) Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 1. Gesetzesentwurf* (Darmstadt: Druck der L.E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 230-247, 63-68, esp. 63, art. 230: “Der Werkunternehmer ist verpflichtet, das übernommene Werk vertragsmässig auszuführen. Dagegen ist er, in Ermangelung einer anderen Verabredung, nicht verbunden, den Stoff, welcher zur Ausführung des Werk nöthig ist, zu beliefern.”. Para la correspondiente exposición de motivos de dicha definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 2. Motive* (Darmstadt: Druck der L. E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 230-247, 92-101, esp. 92-93: “Die bezüglich der Werkverdingung insbesondere vom Entwurfe aufgestellten Grundsätze reihen sich sachgemäss an die allgemeinen Bestimmungen über den Verdingungsvertrag an. Danach hat der Werkunternehmer das von ihm übernommene Werk vertragsmässig auszuführen. Zur näheren Begrenzung dieser Verpflichtung bestimmt nun aber der Art. 230, dass jene Verpflichtung an sich nicht auch die Verbindlichkeit umfasse, den Stoff zur Ausführung des Werks zu liefern. Denn nach der Natur der Werkverdingung leiht der Werkunternehmer nur seine Kräfte zu fremdem Zwecke. [...]”.

(178) Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el Código cantonal de Zürich, *vid. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (Zürich: In der Schulthess'schen Buchhandlung, 1856), §§ 1572-1598, 370-376, esp. 370-371, § 1572: “Durch den Verdingungsvertrag verpflichtet sich der Eine, der Uebernehmer (Handwerker, Techniker, Künstler u. dgl.), dem An-

Bayern, § 511 (179); Sachsen, § 1243 (180); Dresden, § 634

dern, dem Besteller, ein ganzes Werk auszuführen, wo gegen dieser hinwieder jenem Lohn oder Honorar dafür zu zahlen sich verbindet". Para el correspondiente comentario de la definición de *Verdingungsvertrag* por parte del principal redactor del Código cantonal de Zürich, *vid.* [Johann Caspar] BLUNTSCHLI (1808-1881), *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von ... III. Forderungen und Schulden [Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von ...]* (Zürich: Druck und Verlag von Fr. Schulthess, 1855), §§ 1572-1598, 488-505, esp. 488, § 1572: "1. Verdingungsvertrag, locatio conductio operis. Der Vertrag ist hier nicht auf einzelne Arbeiten, auch nicht auf eine zusammenhängende Reihe von Arbeiten gerichtet, sondern auf die Wirkung dieser Arbeiten, auf ein herzustellendes Werk. Z. B. auf Ausführung eines Gebäudes oder auf ein Gemälde, eine Statue u. dgl. 2. Lohn oder Honorar. Jener, wenn die Arbeit wesentlich einen materiellen, dieses, wenn dasselbe mehr einen künstlerischen oder wissenschaftlichen Werth hat."

(179) Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Baviera, *vid.* *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. Theil I. Hauptstück ... Von den Rechtsgeschäften. Theil II. Recht der Schuldverhältnisse* (München: Christian Kaiser, 1861), arts. 511-534, 121-125, esp. 121, art. 511: "Die Werkverdingung besteht in der Uebereinkunft zweier Personen, wodurch die eine (der Werkunternehmer) der anderen (dem Werkbesteller) die Ausführung eines Werkes, die letztere dafür einen im Ganzen festgesetzten oder nach Stücken oder Massen zu berechnenden Preis verspricht". Para la correspondiente exposición de motivos sobre la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Baviera, *vid.* *Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern* (München: Christian Kaiser, 1861), arts. 511-534, 166-170, esp. 166, [art. 511]: "Der Art. 511 bezeichnet als Gegenstand dieses Vertrages die Ausführung eines Werkes gegen Zahlung eines im Ganzen festgesetzten oder nach Stücken oder Massen zu berechnenden Preises. Der damit verwandte, jedoch seinem Objekte und Zwecke nach wesentlich verschiedene Frachtvertrag hat in dem Entwurfe keine Stelle erhalten, weil er als zum Handelsrechte gehörig in dem Entwurfe des deutschen Handelsgesetzbuches behandelt ist. [...]."

(180) Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Sajonia, *vid.* *Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichniss* (Dresden: Druck und Verlag der Königl. Hofbuchdruckerei von C. C. Meinhold & Söhne, 1860), §§ 1272-1282, 209-211, esp. 209, § 1272: "Durch den Verdingungsvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen auf dessen Bestellung zu Ausführung eines Werkes, zu Herstellung einer Sache oder zu Vollbringung eines Unternehmens, gegen eine Gegenleistung. Soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, finden die Vorschriften über den Dienstvertrag auf den Verdingungs-

(181)]. Sin embargo, es necesario subrayar que el Código sajón

vertrag Anwendung.”. Para la correspondiente exposición de motivos de la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Sajonia, *vid. Specielle Motiven und Publications-Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (Dresden: Druck der Königl. Hofbuchdruckerei von C. C. Meinhold & Söhne, 1861), §§ 1272-1282, 814, esp. 814, [§ 1272]: “1) Nach dem zweiten Satze des § 1272 hat der Uebernehmer die Ausführung in Person zu besorgen, wenn nicht etwas Anderes verabredet oder nach der Natur der Sache anzunehmen ist. Hierher gehören ferner die Vorschriften der §§ 1266, 1269. Auf die Erben des Bestellers geht der Vertrag activ und passiv über, auf die Erben des Uebernehmers findet ein solcher Uebergang statt, soweit nicht persönliche Beziehungen, namentlich bei der Wahl des Uebernehmers, obgewaltet haben.”. Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el Código sajón, *vid. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nebst Publications-Verordnung vom 2. Januar 1863, ...* (Dresden: Druck und Verlag von C. C. Meinhold & Söhne, 1863), §§ 1243-1253, 196-198, esp. 196, § 1243: “Durch den Verdingungsvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen auf dessen Bestellung zu Ausführung eines Werkes, zu Herstellung einer Sache oder zu Vollbringung eines Unternehmens, gegen eine Gegenleistung. Soweit nicht etwas Anderes bestimmt ist, finden die Vorschriften über den Dienstvertrag auf den Verdingungsvertrag Anwendung.”. Para un comentario de la definición de *Verdingungsvertrag* en el Código sajón, *vid. Karl Magnus PÖSCHMANN, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. II. Das Recht der Forderungen bearbeitet von ...* (Leipzig: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, 1869² [orig. 1865]), §§ 1243-1253, 290-295, esp. 290, § 1243: “Rücksichtlich der Verdingungsvertrages (locatio conductio operis) schlietzt sich dass B.G.B. dem gemeinen Rechte, jedoch mit näherer Ausführung einiger Punkte in §§ 1251 und 1253, an. [...]. Ebenso kann man den Lehrvertrag als locatio conductio operis auffassen. [...]. Die Verweisung im zweiten Satze auf ‘die Vorschriften’ über den Dienstvertrag, welche insbesondere auch für Anwendung der Bestimmungen in §§ 1231 bis 1233, 1235, 1237 massgehend ist, lätzt es an sich ziemlich gleichgültig erscheinen, ob man ein gewisses Verhältniss unter diesen oder unter den Verdingungsvertrag subsumirt, z. B. ob man den Schneider, welcher aus ihm geliefertem Stoffe einen Rock verfertigt, als locator operarum oder conductor (redemptor) operis ansieht. [...].”

(181) Para la definición de *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Dresden, *vid. B[ernhard] FRANCKE, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hesse-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von ...* (Dresden: Carl Höckner, 1866), arts. 634-655, 125-130, esp. 125-126, art. 634: “Durch die Werkverdingung wird der Werkunternehmer dem

sobrepasa significativamente la visión “materialista” de la producción o realización de una obra o cosa corpórea (*zu Ausführung eines Werkes, zu Herstellung einer Sache*) añadiendo como eventual alternativa la realización de una empresa (*oder zu Vollbringung eines Unternehmens*), en el sentido de resultado “inmaterial” de emprender una tarea como, por ejemplo, transportar una cosa o persona.

Una vez vista esta concordancia casi general, debemos considerar la citada excepción y algunas particularidades.

Como ya advertíamos más arriba, el Código sajón se presentaba como una excepción a la regla según la cual la subordinación del prestador de servicios era el criterio utilizado para definir el contrato de servicios y la explicación prometida es la siguiente: la definición del contrato de servicios incluida en el Código sajón está diseñada de tal modo que acumula en el mismo molde jurídico tanto las *operae illiberales* como las *operae liberales* (Sachsen, § 1229-1230) (182) y, por lo tanto, este planteamiento hizo que careciera

Werkbesteller zu der Ausführung eines Werkes, der Werkbesteller dagegen dem Werkunternehmer zu der Leistung einer Vergütung (Lohn) verpflichtet.”

(182) Para la definición de *Dienstvertrag* que agrupa *operae illiberales* y *operae liberales* en el proyecto de Código sajón, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichnis* (Dresden: Druck und Verlag der Königl. Hofbuchdruckerei von C. C. Meinhold & Söhne, 1860), §§ 1258-1271, 207-209, esp. 207, § 1258: “Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen zu Diensten gegen eine zu gewährende Gegenleistung”; 207, § 1259: “Die Dienste können in blos körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche eine besondere Sachkenntniss, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern.”. Para la correspondiente exposición de motivos de la citada definición de *Dienstvertrag* en el proyecto de Código sajón, *vid. Specielle Motiven und Publications-Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (Dresden: Druck der Königl. Hofbuchdruckerei von C. C. Meinhold & Söhne, 1861), §§ 1258-1271, 812-813, esp. 813, [§ 1258]: “1) Für den Begriff des Dienstvertrages ist es gleich, ob die operae, welche verdungen werden, zu den operis illiberalibus oder liberalibus gehören. Sind operae liberales Gegenstände eines Dienstvertrages, so finden die Vorschriften des Gesetzbuches nur dann nicht Anwendung, wenn ausgemacht worden ist, dass, der Stipulation einer Gegenleistung ungeachtet, das Geschäft als Mandat behandelt werden soll. Eine Reihe von Arbeiten als Gegenstand des Dienstvertrages zu bezeichnen, hat man nicht für angemessen gehalten, weil diess in der Regel nicht unter den Dienstvertrag, sondern unter den Verdingungsvertrag fallen wird.”. Para

de sentido tomar la subordinación como criterio definitorio porque, evidentemente, no era nada adecuada para regular las relaciones entre las profesiones liberales y sus clientes. El proyecto de Dresden se planteó la misma cuestión de incluir las profesiones liberales pero resolvió el ya visto inconveniente mediante una hábil estrategia: la definición del contrato de servicios era genérica y, en el momento adecuado, la prestación del patrón se presentaba ambivalentemente con la fórmula “*Vergütung (Lohn, Honorar)*”, es decir, una remuneración que podía consistir tanto en una *merces* como un *honorarium* (Dresden, § 614) (183), luego los servicios se definían de modo que quedaban incluídas tanto las *operae illiberales* como las *operae liberales* (Dresden, § 615) (184) y, más adelante, la subordinación

la definición de *Dienstvertrag* agrupando *operae illiberales et liberales* en el Código sajón, *vid. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nebst Publications-Verordnung vom 2. Januar 1863, ...* (Dresden: Druck und Verlag von C. C. Meinhold & Söhne, 1863), §§ 1229-1242, 194-196, esp. 194, § 1229: “Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Eine dem Anderen zu Diensten gegen eine Gegenleistung.”; 194, § 1230: “Die Dienste können in körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche eine besondere Sachkenntniss, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung erfordern.”. Para el correspondiente comentario de la citada definición de *Dienstvertrag* en el Código sajón, *vid. Karl Magnus PÖSCHMANN, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. II. Das Recht der Forderungen bearbeitet von ...* (Leipzig: J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung, 1869² [orig. 1865]), §§ 1229-1242, 285-290, esp. 286, § 1230: “Der erste Kategorie umfasst die sog. operae illiberales, die zweite die liberales. In der Zusammenfassung beider unter die gleichen Gesichtspunkte weicht das B. G. B. wenn auch nicht der Sache, doch der Form nach von der im gemeinen Rechte üblichen Auffassung ab. Specielle, wenn auch im Principe vom B. G. B. nicht abweichende Bestimmungen über Feststellung der Dienste und des Lohnes (Gehaltes) enthalten H. G. B. Art. 57, G. O. § 55 folg., G. G. § 69. Im Uebrigen vergl. § 1299.”

(183) *Vid. supra* nota 176.

(184) Para la regla sobre las *operae illiberales et liberales* en el proyecto de Dresden, *vid. B[ernhard] FRANCKE, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hesse-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von ...* (Dresden: Carl Höckner, 1866), arts. 614-633, 122-125, esp. 122, art. 615: “Die Dienste können in Leistungen bestehen, welche nur eine körperliche Kraftanwendung erfordern oder in solchen, welche eine beson-

se enmascaraba como instrucciones (*Anweisungen*) e inspección o control (*Einsicht*) del patrón (Dresden, § 622) (185). Pero, de las fuentes que tienen en cuenta el problema de las profesiones liberales, el Código cantonal de Zürich es, sin duda, el más expeditivo ya que mantiene la tradición jurídica romanista y contiene una regulación específica al respecto con la etiqueta de *Honorarvertrag* y, en su definición, incluso se detalla una lista de qué profesiones deben considerarse incluídas (Zürich, § 1567) (186). Era un problema demasiado complicado por sus implicaciones económicas, sociales y políticas y una forma de resolverlo sin esfuerzo era mantener el *status quo*. Unos lo llaman la fuerza de la tradición pero otros prefieren denominarlo inmovilismo político o, si se prefiere, simplemente conservadurismo.

En el caso del *Verdingungsvertrag* y como era previsible después de los antecedentes que hemos visto desfilan más arriba, una cuestión

dere Sachkenntniss, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen und gegen eine Vergütung geleistet zu werden pflegen.”.

(185) *Vid. supra* nota 176.

(186) Para la definición de *Honorarvertrag* incluyendo la lista de profesiones liberales abarcadas en el Código cantonal de Zürich, *vid. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (Zürich: In der Schulthess'schen Buchhandlung, 1856), §§ 1567-1571, 369-370, esp. 369, § 1567: “Als freie Dienste, welche honorirt werden (§ 1179), werden geachtet: a. die Dienstleistung von Lehrern und Erziehern; b. von Aerzten, Wundärzten, Hebammen; c. von Advokaten und Konsulenten; d. von Ingenieuren, Chemikern und Technikern; e. von Sensalen und Geschäftsagenten, und ausserdem alle entgeltlichen Dienstleistungen, bei welchen kein Herrschaftsverhältniss des Lohngebers entsteht.”. Para el correspondiente comentario de la definición de *Honorarvertrag* por parte del principal redactor del Código cantonal de Zürich, *vid. [Johann Caspar] BLUNTSCHLI* (1808-1881), *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von ... III. Forderungen und Schulden [Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von ...]* (Zürich: Druck und Verlag von Fr. Schulthess, 1855), §§ 1567-1571, 486-488, esp. 486, § 1567: “1. Lehrer und Erzieher. Der Charakter des freien Dienstes tritt besonders klar hervor, wenn dieselben eine selbständige Stellung ausserhalb der Familie ihrer Züglinge einnehmen, weniger allerdings, wenn sie in dieselbe eintreten. In den untern Stufen geht unter der letztern Voraussetzung das Verhältniss in den Lohndienstvertrag über. Von freien Diensten kann nur da die Rede sein, wo eine gewisse Selbständigkeit und höhere Bildung für die Dienstleistung vorausgesetzt wird. 2. Kein Herrschaftsverhältniss des Lohngebers. Vergl. zu § 1560.”

delicada a considerar era el problema de cómo regular el suministro de los materiales. Como se recordará, la tradición jurídica anterior había asumido como regla general que, para ser considerada *locatio conductio operis*, los materiales debían ser suministrados por el *locator operis* porque, de lo contrario (si los suministraba el *conductor operis*), se transformaba en una compraventa (de cosa futura). En esta cuestión, las fuentes consideradas ofrecen una múltiple –y, en algunos casos, muy argumentada– variedad de soluciones pero, en general, la línea dominante es mantener la referida tradición anterior incluyendo una excepción específica para la construcción [Hessen, § 231 (187);

(187) Para la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 1. Gesetzesentwurf* (Darmstadt: Druck der L.E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 230-247, 63-68, esp. 63, art. 231: “Hat sich der Werkunternehmer zugleich verpflichtet, den Hauptstoff zu dem übernommenen Werke zu beliefern, so ist das Rechtsgeschäft als Kauf zu betrachten, und nach den darüber geltenden Rechtsvorschriften zu beurtheilen. Als Hauptstoff gilt bei Gebäuden der Grund und Boden, auf welchem solche auszuführen sind, nicht aber die Baumaterialien.”. Para la correspondiente exposición de motivos de dicha regla sobre el suministro de materiales en el proyecto de Hessen, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Grossherzogthum Hessen, nebst Motiven. IV. Von den Verbindlichkeiten. Zweites Buch. Von den Verbindlichkeiten im Besonderen. 2. Motive* (Darmstadt: Druck der L.E. Wittich'schen Hofbuchdruckerei, 1853), arts. 230-247, 92-101, esp. 93-94: “[...]. Er hat nur den ihm vom Werkbesteller zu leistenden Stoff mittelst seiner Kräfte zu dem Werke zu gestalten, das er zu liefern übernommen hat. Eben darum liegt auch keine Werkverdingung vor, wenn der Werkunternehmer vermöge besonderer Uebereinkunft zugleich den Hauptstoff zu dem von ihm zu liefernden Werke zu beschaffen sich verpflichtet hat. Denn in diesem Falle widmet er nicht blos seine Kräfte der Production des fraglichen Werks, vielmehr entäutert er sich auch seines Eigenthums an dem zu dieser Production nothwendigen Hauptstoffe. Der Vertrag involviret sonach nicht mehr, wie solches jeder Art der locatio conductio eigenthümlich ist, blos eine Gebrauchsüberlassung, sondern eine Beräusserung. Die Gegenleistung des Werkbestellers ist dann nicht mehr ein blosser Lohn dafür, dass der Werkunternehmer seine Kräfte der Production des Werks gewidmet hat, sondern ein Aequivalent für das dem Werkunternehmer gehörige Werk überhaupt, welches dieser dem Werkbesteller zum Eigenthum überläßt. Es ist sonach keine Werkverdingung, sondern ein Verkauf, wenn z. B. Jemand gegen einen bestimmten Preis bei einem Schneider die Lieferung eines

Zürich, § 1574 (188); Bayern, *Motiven* (189); Sachsen, § 1244 (190); Dresden, § 635 (191)].

Rocks, oder bei einem Schuster die Lieferung eines Paares Stiefel bestellt, während der Schneider das Tuch zum Rocke und der Schuster das Leder zu den Stiefeln gibt. Denn hier ist der Verfertiger Eigenthümer des Werks bis zur Ueberlieferung (Tradition) gegen den Preis. Dagegen ist es eine blossе Werkverdingung, wenn der Werkbesteller schon vor der Verfertigung resp. vor der Ueberlieferung Eigenthümer der Hauptsache ist, aus welcher das Werk gebildet wird, also z. B. wenn der Werkbesteller dem Schneider das Tuch oder dem Schuster das Leder beliefert, und diesen Werkunternehmern nur für die Anfertigung dieser Kleidungsstücke einen Lohn verspricht. Auch bleibt es eine Werkverdingung, wenn gleich im Fragefalle der Schneider z. B. die Knöpfe zu dem Rocke gibt. Denn diese letzteren bilden nicht den Hauptstoff, vielmehr nur eine Nebensache im Verhältnisse zu dem Tuche, als der Hauptsache. Der Besteller des Rocks erwirbt jene Knöpfe nicht vermöge der Werkverdingung gegen Leistung des Arbeits- (Werk-) Lohns, sondern im Gefolge ihrer Verbindung mit seiner Hauptsache und hat dafür dem Schneider, als Werkunternehmer, eine besondere Vergütung zu leisten. Als Hauptsache gilt aber bei Gebäuden nicht das Baumaterial, sondern, nach dem vernünftigen Anerkenntnis sowohl älterer als neuerer Legislationen, der Grund und Boden, auf welchem solches auszuführen ist, indem nicht nur der Boden die ganz Ausführung des Gebäudes bedingt, sondern auch der in der Eigenthumslehre anerkannte Rechtsgrundsatz hier eingreift: *omne, quod inaedificatur, solo cedit*. Es liegt sonach keine Werkverdingung, sondern ein Verkauf vor, wenn der Werkunternehmer zugleich den Grund und Boden liefert, auf welchen er das bestellte Gebäude ausführt. Denn hier ist der Werkunternehmer Eigenthümer des Gebäudes bis zur Ueberlieferung (Tradition). Er producirt nicht blos das Gebäude gegen den Werklohn, sondern er entäussert sich auch seines Eigenthums an Grund und Boden und mit diesem zugleich seines Eigenthums an dem darauf ausgeführten Gebäude gegen einen bestimmten Preis. Dagegen ist es eine blossе Werkverdingung und kein Kauf, wenn der Werkbesteller den Grund und Boden zu dem auszuführenden Gebäude liefert, sollte auch der Werkunternehmer die Baumaterialien beschafft haben, weil der Werkbesteller in diesem Falle schon Eigenthümer des Gebäudes in Gefolge der Verbindung desselben mit seinem Grund und Boden ist, und dem Werkunternehmer nur für die Production des Gebäudes einen Lohn und für die verwendeten Baumaterialien eine Entschädigung zu leisten hat. Hiernach versteht es sich denn auch nothwendig von selbst, dass, wo das Rechtsgeschäft sich als Verkauf gestaltet, lediglich die über letzteren geltenden Grundsätze Anwendung leiden müssen (Art. 231), während da, wo nur eine Werkverdingung in Frage steht, noch folgende Sätze maasgebend werden."

(188) Para la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el Código cantonal de Zürich, *vid. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich* (Zürich: In der Schulthess'schen Buchhandlung, 1856), §§ 1572-1598, 370-376, esp. 371, § 1574.: “Liefert der Uebernehmer nicht bloss die Arbeit, sondern auch alles Material zu dem Werk, so ist der Vertrag aus Kauf und Verdingung gemischt, wenn nach der Verabredung oder aus den Umständen auf die Forderung persönlicher Arbeit zu schliessen ist, dagegen als gewöhnlicher Kauf zu betrachten, wenn die Kontrahenten auf die persönliche Arbeitsleistung keinen Werth gelegt haben.”. Para el correspondiente comentario de la citada regla sobre el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* por parte del principal redactor del Código cantonal de Zürich, *vid. [Johann Caspar] BLUNTSCHLI (1808-1881), Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Mit Erläuterungen herausgegeben von ... III. Forderungen und Schulden [Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgegeben von ...]* (Zürich: Druck und Verlag von Fr. Schulthess, 1855), §§ 1572-1598, 488-505, esp. 490, § 1574: “1. Aus Kauf und Verdingung gemischt. Z. B. der Bauunternehmer A verspricht ein Haus zu bauen und dazu die nöthigen Steine, Holz und anderes Baumaterial zu liefern; oder ein Maler verspricht ein Gemälde herzustellen. 2. Als gewöhnlicher Kauf. Bei der Bestellung von Handwerks- oder Fabrikartikeln wird der Gesichtspunkt des Kaufs häufig ausreichen, aber auch sie ist als ein gemischter Vertrag zu behandeln, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die persönliche Meisterschaft in Betracht gezogen wurde.”.

(189) En esta cuestión del suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag*, el proyecto de Baviera no contiene un párrafo específico pero, en cambio, se puede ver su posición al respecto a través de la exposición de motivos. Para la correspondiente exposición de motivos sobre el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Baviera, *vid. Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern* (München: Christian Kaiser, 1861), arts. 511-534, 166-170, esp. 166, [art. 511]: “[...]. Einige Schwierigkeit bietet die Begrenzung dieser Materie für den Fall, wenn der Unternehmer den Hauptstoff zu dem übernommenen Werke zu liefern hat. Man hat darin einen Kauf zu finden geglaubt, und das Rechtsgeschäft lässt sich in der That ganz süglich in dieser Weise auffassen. Der Entwurf geht jedoch in diese Unterscheidung nicht ein, weil auch in der gegebenen Voraussetzung der entscheidende Charakter der Werkverdingung dadurch vorwiegt, dass die Entstehung des Werkes durch den Auftrag des Bestellers veranlasst ist, und dass dasselbe nach seinen Direktiven ausgeführt werden muss. Diese dem allgemeinen Rechtsbewusstsein entsprechende einfachere Auffassung beseitigt überdies die Schwierigkeiten, welche sich darüber ergeben könnten, ob das vom Unternehmer gelieferte Material als Hauptstoff zu betrachten sey oder nicht. Bei der Werkverdingung bildet zwar nicht die Dienstleistung, –die Arbeit– den unmittelbaren Gegenstand des Vertrages, sondern das dadurch hervorzubringende Werk; allein da in den meisten Fällen auf die persönliche Tüchtigkeit

des Unternehmers Rücksicht genommen, und daher nur die von ihm selbst zu bewerkstelligende Fertigung des Werkes beabsichtigt wird, so muss die bei der Dienstmiethe im Art. 491 aufgestellte Regel auch hier gelten. Dagegen kann die Zuziehung von Mitarbeitern und Gehilfen in der Regel keinem Anstande unterliegen, weil diese nur nach der Vorschrift des Unternehmers handeln, die Ausführung des Ganzen aber in der Hauptsache doch durch den letzteren realisiert wird.”.

(190) Para la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Sajonia, *vid. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen. Nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichniss* (Dresden: Druck und Verlag der Königl. Hofbuchdruckerei von C.C. Meinhold & Söhne, 1860), §§ 1272-1282, 209-211, esp. 209, § 1273: “Der Uebernehmer hat die Bestellung vertragsgemäss auszuführen. Er ist, wenn die Bearbeitung eines Stoffes verabredet ist, zur Lieferung desselben nicht verbunden. Hat er sich verpflichtet, den Stoff zu liefern, so ist der Vertrag als Kauf zu betrachten. Doch ist es ein Verdingungsvertrag, wenn bei Bauunternehmungen der Uebernehmer den Stoff, der Besteller aber Grund und Boden hergiebt, oder wenn dem Uebernehmer gestattet ist, an der Stelle des ihm gelieferten Stoffes anderen Stoff von gleicher Gattung und Güte zu verwenden; der Uebernehmer erwirbt in dem letzteren Falle den ihm gelieferten Stoff, wenn er anderen verwendet.” Para la correspondiente exposición de motivos sobre el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Sajonia, *vid. Specielle Motiven und Publications-Verordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (Dresden: Druck der Königl. Hofbuchdruckerei von C.C. Meinhold & Söhne, 1861), §§ 1272-1282, 814, esp. 814, [§ 1273]: “2. Ueber die Verpflichtung mehrerer Uebernehmer ist der § 1050 zu vergleichen. Der Uebernehmer darf nach § 1273 statt des gelieferten Stoffes, selbst wenn derselbe in vertretbaren Gegenständen besteht, nur mit Einwilligung des Bestellers anderen Stoff verwenden.”. Para la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el Código sajón, *vid. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, nebst Publications-Verordnung vom 2. Januar 1863, ...* (Dresden: Druck und Verlag von C. C. Meinhold & Söhne, 1863), §§ 1243-1253, 196-198, esp. 196, § 1244: “Der Uebernehmer hat die Bestellung vertragsgemäss auszuführen. Er ist, wenn die Bearbeitung eines Stoffes verabredet ist, zur Lieferung desselben nicht verbunden. Hat er sich verpflichtet, den Stoff zu liefern, so ist der Vertrag als Kauf zu betrachten. Doch ist es ein Verdingungsvertrag, wenn bei Bauunternehmungen der Uebernehmer den Stoff, der Besteller aber Grund und Boden hergiebt, oder wenn dem Uebernehmer gestattet ist, an der Stelle des ihm gelieferten Stoffes anderen Stoff von gleicher Gattung und Güte zu verwenden; der Uebernehmer erwirbt in dem letzteren Falle den ihm gelieferten Stoff, wenn er anderen verwendet.”. Para un comentario de la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el Código sajón, *vid. Karl Magnus PÖSCHMANN, Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen. II. Das Recht der*

Forderungen bearbeitet von ... (Leipzig: J.C. Hinrichs'sche Buchhandlung, 1869² [orig. 1865]), §§ 1243-1253, 290-295, esp. 291, § 1244: "Aus dem zweiten Satze folgt, dass der Handwerker auch mit der sog. Zuthat nicht in Vorschuss zu gehen braucht. Hat der Schneider einen Rock aus den von ihm selbst herzugebenden Stoffe zu liefern –dermalen der zumeist übliche Fall–, so ist das Geschäft nach dem dritten Satze Kauf (marchand tailleur). Giebt dagegen der Besteller den Stoff –als die Hauptsache–, der Uebernehmer –man denke den Fall des Schneiders– bedingt sich auch nicht Vorschuss wegen der Zuthat, so wird diese Verwendung nach dem nächsten § zu beurtheilen sein. Zum dritten Satze vergleiche man Annalen N.F. Bd. 2, S. 38. Bd. 3, S. 120 und S. 517. – Der vierte Satz lenkt wieder in das gewöhnlich 'Verdingungsvertrag' benannte Rechtsverhältniss ein und entspricht der zeitherigen Praxis, nur darf man nicht den Umstand, dass das aus dem Material des Lieferanten an einem dritten Orte herzustellende Werk bestimmt ist, auf dem Grund und Boden des Bestellers aufgestellt zu werden, als für Annahme einer locatio conductio operis allein massgebend ansehen; vielmehr ist dieser Fall, soweit nicht die Aufstellung des Werkes auf dem Grund und Boden besondere Vorrichtungen auf diesem erfordert oder voraussetzt, wieder nach dem dritten Satze als Kauf zu beurtheilen –Annalen Bd. 2, S. 538–. Die Ausdrücke 'Uebernehmer' und 'Besteller' sind bei dem Verdingungsvertrage die technischen Bezeichnungen der Contrahenten. – Uebrigens versteht es sich von selbst, dass in einem und demselben Vertrage Kauf und Verdingung concurriren können und dann theils die Grundsätze über den Kauf, theils die über die Verdingung zur Anwendung zu bringen sind."

(191) Para la regla que regula el suministro de materiales en el *Verdingungsvertrag* en el proyecto de Dresden, vid. B[ernhard] FRANCKE, *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hesse-Darmstadt, Meklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Commissaren, und im Auftrage der Commission herausgegeben von ...* (Dresden: Carl Höckner, 1866), arts. 634-655, 125-130, esp. 126, art. 635: "Der Unternehmer ist nicht verbunden, den zu der Ausführung des Werkes erforderlichen Stoff zu liefern; hat er sich aber zur Lieferung dieses Stoffes verpflichtet, so ist der Vertrag nach den Vorschriften über den Kauf zu beurtheilen. Werden von dem Unternehmer nur Nebensachen (Zuthaten) geliefert, so ändert dies die Natur der Werkverdingung nicht. Auch ist es eine Werkverdingung, wenn ein Bauunternehmer den Stoff (Material), der Besteller dagegen den Grund und Boden, auf welchem das Gebäude auszuführen ist, hergiebt. Dasselbe gilt, wenn dem Unternehmer gestattet ist, statt des ihm von dem Besteller gelieferten Stoffes einen anderen Stoff von gleicher Art, Menge und Güte zu verwenden. In diesem letzten Falle geht die Gefahr des Unterganges und des Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes sofort mit dessen Uebergabe, das Eigenthum daran aber erst dann auf den Unternehmer über, wenn derselbe zu der Ausführung des Werkes anderen Stoff verwendet."

Aunque nadie incurre en la indiscreción de justificarlo de este ni de ningún otro modo, esta excepción para el constructor es tan antigua como el Derecho romano ya que procede de D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.] (192): en la construcción de un edificio y aunque el *conductor operis* aporte todos los materiales, no se considera compraventa sino *locatio conductio operis* porque, según la opinión tradicional, la aportación del suelo por parte del *locator operis* es tremendamente superior en valor. Entre la variedad de casos que se tuvieron en cuenta destacan –por su alambicada complicación– las consideraciones sobre los contratos de obra concluidos con sastres y zapateros.

Como es sabido, el *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (193) fue aprobado en 1907 y entró en vigor en 1912; pero, su libro V –dedicado al Derecho de obligaciones– había sido aprobado en 1881 con el nombre de *Schweizerisches Obligationenrecht* (194) y estaba vigente desde 1911 (195). En lo que afecta a nuestros intereses, el

(192) Sobre D. 19,2,22,2 [Paul. 34 ad ed.], *vid. supra* notas 27 y 38.

(193) “Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907”, in: *Amtliche Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen*, núm. 24 (1908), 233 y ss.

(194) Para el texto del *Schweizerisches Obligationenrecht*, *vid.* “Bundesgesetz über das Obligationenrecht (Vom 14. Brachmonat 1881)”, in *Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft* (Bern: Stämpfli’sche Buchdruckerei, 1882), v, 635-843. Para su posterior incorporación al *Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, *vid.* “Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)”, in: *Amtliche Sammlung des Bundesgesetze und Verordnungen*, núm. 27 (1911), 317 y *Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, núm. 2 (1911), 199.

(195) A causa de esta particularidad de la codificación civil de la Confederación helvética, algunas publicaciones del Código civil suizo no recogen su contenido referente al Derecho de obligaciones. Por ejemplo, *vid.* *Code civil suisse. Édition annotée, précédée d’une Introduction à l’étude du Code civil suisse et renvermant la conférence des articles du Code, les renvois aux textes correspondants des Codes civil français et allemand, ainsi qu’à l’Exposé des motifs, au Message du Conseil fédéral, au Bulletin sténographique des Chambres fédérales, la concordance avec l’Avant-projet de 1900 et le Projet du Conseil fédéral, des notes explicatives, etc. par Virgile Rossel* (Lausanne: Payot et cie. éditeurs, 1908); *The Swiss Civil Code of Decem-*

Schweizerisches Obligationenrecht presenta una organización sistemática tripartita: *Miethe und Pacht* (*Achter Titel*), *Dienstvertrag* (*Elfter Titel*) y *Werkvertrag* (*Zwölfter Titel*) (196); pero, siendo estrictos, esta sistemática no es una expresión del paradigma de la tripartición porque el *Dienstvertrag* aún se considera una simple aplicación del arrendamiento, es decir, el arrendamiento de servicios. En cambio, su contenido alberga características avanzadas tanto para el *Dienstvertrag* (§§ 338-349) como para el *Werkvertrag* (§§ 350-371) que, con la ayuda de reputados intérpretes del momento, intentaremos destacar.

Así, la definición de *Dienstvertrag* está formulada de tal forma que puede acoger todo tipo de servicios onerosos, es decir, tanto los propios de las *artes illiberales* como de las *artes liberales* (§ 338 y § 348) (197). Para resaltar este planteamiento, la contraprestación de

ber 10, 1907 (Effective January 1, 1912). Translated by Robert P. Shick. Annotated by Charles Wetherill. Corrected and Revised by Eugen Huber, Alfred Siegwart, Gordon E. Sherman (Boston: The Boston Book Company, 1915). Sobre el *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* y, en especial, esta particularidad, *vid.* Konrad ZWIGERT et Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts von ...*, (Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996³), §13.I-II, 165-175, esp. 168 = Konrad ZWIGERT et Hein KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado* (México: Oxford University Press, 2002), §13.I-II, 180-190, esp. 182; MEDER, *Rechtsgeschichte ...*, 327-334.

(196) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", §§ 274-320, 689-700 (*Miethe und Pacht*); §§ 338-349, 703-705 (*Dienstvertrag*) y §§ 350-371, 706-710 (*Werkvertrag*).

(197) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", §§ 338-349, 703-705, esp. 703, § 338: "(1) Durch den Dienstvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von persönlichen Diensten und der Arbeitgeber zur Entrichtung einer Vergütung. (2) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Verpflichtung zur Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine solche zu erwarten war."; 705, § 348: "Die Vorschriften dieses Titels finden auch Anwendung auf Dienstverhältnisse, in welchen gegen ein verabredetes oder vorausgesetztes Honorar solche Arbeiten zu leisten sind, welche eine besondere Fachkenntnis, eine Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen (freie Dienste)". = Charles SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations suivi des lois fédérales sur la capacité et sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour ... par ...*, (Lausanne: Imprimerie Guilloud-Howard éditeur, 1900²), §§ 338-349, 104-108, esp. 104, § 338: "(1) Le louage de services est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre à certains services personnels moyennant une rémunération. (2) Même à défaut de stipulation

los servicios se expresa con el término remuneración (*Vergütung*) que, en principio, debería incluir a los antiguos honorarios –propios de las profesiones liberales y que, en el Código cantonal de Zürich, había llevado a la creación de una categoría específica con la denominación de *Honorarvertrag* (Zürich, § 1567) (198)– y, al mismo tiempo, debería también excluir los servicios prestados mediante el mandato (definido por su gratuidad); pero, en cambio, se admite

expresse, une rémunération est due par celui que s'est fait promettre les services lorsque, eu égard aux circonstances, il ne pouvait les supposer gratuits.”; 108, § 348: “Les dispositions du présent titre s'appliquent également aux contrats relatifs à des travaux qui supposent des connaissances professionnelles, des talents artistiques ou une culture scientifique (professions libérales), et qui s'exécutent moyennant le paiement d'honoraires convenus expressément ou tacitement.”. Para los comentarios de dos reputados juristas (FICK fue además miembro de la Comisión redactora), *vid.* A[ibert] SCHNEIDER (1836-1904) et H[einrich] FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht sammt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen herausgegeben von ...* (Zürich: Druck und Verlag von F. Schulthess, 1882), 257 [ad § 338]: “1. ‘Persönlichen Diensten’. Das Gesetz unterscheidet nicht mehr wie das gemeine Recht und andere Gesetzgebungen zwischen Dienstmiethen und Honorarvertrag, zwischen niederen Diensten, welche bezahlt, und freien Diensten (z. B. der Aerzte, Ingenieure, Lehrer), die nur honorirt zu werden pflegen, sondern behandelt alle gegen Vergütung geleisteten Dienste gleich (f. Art. 348), nur die Vertretung ausgenommen, f. Art. 392. [...]”. = A[ibert] SCHNEIDER (1836-1904) et H[einrich] FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations et la Loi sur la capacité civile. Traduit de l'allemand du ... par E. Stoecklin* (Neuchâtel-Paris: Librairie J. Sandoz-Sandoz et Thuillier, 1883), 280 [ad § 338]: “1. ‘Services personnels’. Le Code ne distingue plus, comme le font le droit commun et d'autres législations, entre le louage de services et le contrat d'honoraires, entre les services d'ordre inférieur qui sont payés et les services librement rendus (p. ex., des médecins, des ingénieurs, des précepteurs) qui sont rétribués par des honoraires, mais il place sur le même pied tous les services non gratuits (voir art. 348), à l'exception du mandat (voir art. 392). [...]”. Para una segunda opinión (concordante en la interpretación), *vid.* J[ohann] HABERSTICH (1824-1891), *Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht von ...* (Zürich: Verlag von Drell, Füssli et cie., 1885), II.1, 119-120 [ad § 338 y § 348]; Michael THALBERG (?-?), *Der Dienstvertrag nach schweizerischem Obligationenrecht von ...* (Zürich: Polygraphisches Institut, 1899), 42-50.

(198) *Vid. supra* nota 186.

por vía convencional el mandato retribuido (§ 392) (199). En general, es una estrategia de definición muy parecida a la vista más arriba en el proyecto de Dresden, §§ 614-615 (200). Pero, además, hay un par de párrafos significativos de la nueva época porque representan la aparición –por primera vez en un Código civil (201)– de

(199) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", 715, § 392: "(1) Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, das ihm übertragene Geschäft nach dem Willen des Auftraggebers zu besorgen. (2) Eine Vergütung (Provision, Honorar) ist nur dann zu leisten, wenn eine solche verabredet oder üblich ist." = SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations ...*, 122, § 392: "(1) Le mandat est un contrat par lequel le mandataire qui l'accepte s'oblige à gérer selon la volonté du mandant l'affaire dont il s'est chargé. (2) Il n'est dû de rémunération (provision, honoraires) au mandataire que si l'usage ou la convention lui en assure une." Según los comentaristas, este mandato retribuido obedecía a una excepción: cuando el mandatario actúa en nombre propio o del mandante, pero por cuenta de este último, ante las autoridades o terceros, *vid.* SCHNEIDER (1836-1904) *et* FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht ...*, 285 [ad § 392]: "[...]. 2. Der Auftrag wird durch die ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung eines Honorars zum Werkvertrag oder zur Dienstmiete, ausgenommen wenn er lediglich darauf gerichtet ist, dass der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers, sei es in eigenem oder in des letztern Namen, Behörden oder dritten Privatpersonen gegenüber handeln solle (Rechtsanwalt, Advokat, Notar, Commissionär u. s. w.). Dagegen trifft diese Ausnahme nicht zu, wenn der Beauftragte im Dienste des Auftraggebers steht, und dabei nebst andern Geschäften auch etwa in die Lage kommt, diesen zu vertreten. [...]". = SCHNEIDER (1836-1904) *et* FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations ...*, 311 [ad § 392]: "[...]. 2. Par la stipulation expresse ou tacite d'une rémunération, le mandat devient louage de services ou louage d'ouvrage, le cas excepté où il consiste uniquement, de la part du mandataire, à agir en son nom ou en celui du mandant, mais pour le compte de ce dernier, en procédant devant des autorités ou contre des tiers (avocats, procureurs, notaires, commissionnaires, etc.). Cette exception n'a pas lieu si le mandataire est au service du mandant et remplit accidentellement l'office indiqué à côté d'autres occupations. [...]"; HABERSTICH (1824-1891), *Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht ...*, II.1, 203 [ad § 392].

(200) *Vid. supra* notas 176, 183 y 184.

(201) Aunque lo dicho es estrictamente cierto, debemos añadir que algunas de estas preocupaciones ya habían sido recogidas algunos años antes por el *Allgemeines deutschen Handelsgesetzbuch* [= Código de Comercio alemán] de 1869, así se contemplaba el derecho a percibir su remuneración por parte del prestador de servicios mientras estuviera impedido para ejer-

preocupaciones sociales y laborales: así, se establece el derecho a rescindir el contrato de servicios por “justos motivos” (*Aus wichtigen Gründen*) pero se concede en pie de igualdad a ambas partes (§ 346) (202) lo que, sin duda, es una muestra –aunque sea míni-

cer su labor durante un corto período de tiempo (“Gesetz, betreffend die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als Bundesgesetze. Vom 5. Juni 1869”, in: *Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, núm. 32 (1869), 379-602, esp. 404-602 y, en concreto, 415, § 60: “Ein Handlungsgehilfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, geht dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig. Jedoch hat er auf diese Vergünstigung nur für die Dauer von sechs Wochen Anspruch.”) y, por otra parte, se tenían en cuenta los “justos motivos” –que luego debía valorar el juez– como requisito para el cese de un contrato de servicios (“Gesetz, betreffend die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als Bundesgesetze. Vom 5. Juni 1869”, in: *Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes*, núm. 32 (1869), 379-602, esp. 404-602 y, en concreto, 415, § 61: “(1) Das Dienstverhältniss zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsdiener kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden. Ist durch Vertrag eine kürzere oder längere Zeitdauer oder eine kürzere oder längere Kündigungsfrist bedungen, so hat es hierbei sein Bewenden. (2) In Betreff der Handlungslehrlinge ist die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrage und in Ermangelung vertragsmässiger Bestimmungen nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche zu beurtheilen.”; 415, § 62: “(1) Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit (Artikel 61) kann aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden. (2) Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen.”). Naturalmente, no debe descartarse que estas normas fueran tenidas en cuenta en la redacción, respectivamente, de los § 341.1 y § 346 del *Schweizerisches Obligationenrecht* (para estas normas, *vid. infra* notas 202 y 203).

(202) “*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*”, §§ 338-349, 703-705, esp. 705, § 346: “(1) Aus wichtigen Gründen kann die Aufhebung des Dienstvertrages von Ablauf der Dienstzeit von jedem Theile verlangt werden. (2) Ueber das Vorhandensein solcher Gründe entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. (3) Liegen diesselben in vertragswidrigem Verhalten des einen Theiles, so hat dieser vollen Schadenersatz zu leisten. Im Uebrigen werden die ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung vom Richter nach freiem Ermessen bestimmt, unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches.”. = SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations ...*, §§ 338-349, 104-108, esp. 107, § 346: “(1) S’il y a de justes motifs,

ma- de espíritu democrático y, con evidente significado laboral, se establece que el prestador de servicios a largo plazo no pierde su derecho a la retribución si, durante un período relativamente corto

chacune des parties peut demander la résiliation du contrat avant le terme fixé. (2) Il appartient au juge d'apprécier s'il existe réellement de pareils motifs. (3) Si les motifs invoqués par l'une des parties consistent en l'inobservation par l'autre des clauses du contrat, celle-ci est tenue à la réparation complète du dommage. Au surplus, il appartient au juge de régler comme il l'entend, d'après les circonstances et l'usage des lieux, les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée du contrat.". Para los comentarios, *vid.* SCHNEIDER (1836-1904) et FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht ...*, 261 [ad § 346]: "1. 'Aus wichtigen Gründen'. Ein Vorschlag in der Commission zählte in Anlehnung an das zürch. Recht §§ 465, 468 auf: wenn der Dienstpflichtige die nöthigen Kenntnisse und Fertigkeiten für seinen Dienst nicht besitze, seine Vertragspflichten gröblich verletze, sich durch strafbare oder unsittliche Handlungen des Vertrauens des Arbeitsherrn unwürdig mache, oder, falls er häusliche Dienste zu leisten habe, mit einem bei Eingehung des Dienstes noch nicht offenbaren Ekel erregenden oder ansteckenden Uebel behaftet sei; auf der andern Seite, wenn der Dienstherrn ungeachtet gehöriger Mahnung ihm den fälligen Lohn nicht zahle oder seine Rücksichten gegen ihn in grober Weise verletze, oder die Fortsetzung des Dienstes mit Gefahr für die Eittlichkeit und den guten Ruf des Dienstpflichtigen verbunden wäre. Es wurde sehr energisch verlangt, dass über diese Aufhebungsgründe das kantonale Recht massgebend sein solle, schliesslich dann aber doch von der Bundesversammlung das freie Ermessen des Richters aufrecht erhalten. [...]". = SCHNEIDER (1836-1904) et FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations ...*, 284 [ad § 346]: "1. 'Justes motifs'. Une motion faite en commission voulait que l'on énumérât les motifs suivants: si le domestique ou employé ne possède pas les connaissances ou aptitudes voulues pour les besoins du service; s'il a manqué gravement à ses devoirs, si, par des actes punissables ou immoraux, il s'est rendu indigne de la confiance du maître, ou si, ayant à faire un service d'intérieur, il est atteint d'une affection dégoûtante ou contagieuse qui n'était pas reconnaissable lors de l'entrée en service; en ce qui concerne les motifs de résiliation fournis par le maître, il était dit: si le maître, malgré un avertissement en due forme, ne paie pas le gage échu ou s'il manque gravement aux égards dus au domestique, ou si la continuation du service offre des dangers pour la moralité et la réputation du domestique. Le demande fut faite et énergiquement soutenue, d'abandonner au droit cantonal la fixation de ces cas de résiliation. En dernier lien l'Assemblée fédérale abandonna le tout à l'appréciation du juge. [...]". Para una segunda opinión (concordante en la interpretación), *vid.* HABERSTICH (1824-1891), *Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht ...*, II.1, 125-127 [ad § 346].

de tiempo y sin culpa por su parte, no puede prestarlos porque se lo impide una enfermedad, el servicio militar u otra causa análoga (§ 341.1) y, finalmente, se determina que el patrón debe procurar los cuidados y hacerse cargo de los gastos médicos necesarios para sanar al prestador de servicios que, viviendo en la familia y sin culpa por su parte, haya contraído una enfermedad pasajera (§ 341.2) (203).

(203) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", §§ 338-349, 703-705, esp. 703-704, § 341: "(1) Bei einem auf längere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrage geht der Dienstpflichtige seiner Ansprüche auf die Vergütung nicht verlustig, wenn er durch Krankheit, durch Militärdienst oder aus ähnlichen Gründen ohne eigenes Verschulden auf verhältnissmässig kurze Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. (2) Der Arbeitgeber hat den Dienstpflichtigen, welcher mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt, bei vorübergehender unverschuldeter Krankheit auf eigene Kosten verpflegen und ärztlich behandeln zu lassen." = SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations ...*, §§ 338-349, 104-108, esp. 105, § 341: "(1) Celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération alors qu'il est empêché de s'acquitter de son obligation pendant un temps relativement court et sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire ou telle autre analogue. (2) Lorsque celui qui a engagé ses services vit dans le ménage de son maître et qu'il contracte, sans sa faute, une maladie passagère, le maître doit lui procurer à ses propres frais les soins et les secours médicaux nécessaires." Para los comentarios, *vid.* SCHNEIDER (1836-1904) *et* FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht ...*, 258-259 [ad § 341]: "2. 'Verhältnissmässig kurze Zeit'. Ob eine Verhinderung noch in diesen Rahmen falle, oder ob sie schon zu lang sei, das zu entscheiden ist Sache des richterlichen Ermessens. Bei einer Anstellung auf eine Woche ist jedenfalls eine Hinderung von einem ganzen Tage schon zu lang, um den Arbeitgeber zur Zahlung des Taglohnes zu verpflichten. 3. Dauert die Arbeitshinderung länger, als dieser Artikel voraussetzt, so kann der Arbeiter nicht etwa noch für irgend einen Theil der Zeit seiner Hinderung Vergütung verlangen, sondern es fällt dann diese ganze Zeit für die ihm zu zahlende Vergütung ausser Betracht. 4. Es kann übrigens auch das Gegentheil durch den Austellungsvertrag bestimmt werden, und das wird der Richter leicht darin finden, dass verabredet wurde, es solle Tag für Tag oder Woche für Woche abgelöhnt werden. In einem solchen Falle wird in der Regel als Meinung der Parteien anzunehmen sein, dass nur die Zeit der wirklich geleisteten Dienste in Berechnung falle. Anders beim Dienstbotenverhältniss und ähnlichen Fällen. 5. 'Zu Abs. 2'. In Fällen dieser Art, namentlich bei Dienstboten, entsteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein gewisses familiäres Verhältniss. Es ist daher billig, dass der Arbeitgeber bei vorübergehender Krankheit des Dienstboten für densel-

Por otro lado, se define el *Werkvertrag* en base al criterio –compartido por todas las fuentes consideradas más arriba (Hessen, § 230; Zürich, § 1572; Bayern, § 511; Sachsen, § 1243; Dresden, § 634)(204) y que Johann HABERSTICH (1824-1891) explica detalladamente confrontando *Werkvertrag* y *Dienstvertrag* para destacar las diferencias, es decir, la novedad del primero (205)– de la producción

ben forge. Ob eine Krankheit als vorübergehend zu betrachten sei, oder als länger dauernd, das zu entscheiden ist wiederum Sache richterlichen Ermessens.”. = SCHNEIDER (1836-1904) et FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations ...*, 281-282 [ad § 341]: “2. ‘Temps relativement court’. Il appartient au juge d’apprécier si l’empêchement a été de courte ou de trop longue durée. Dans l’engagement à la semaine, l’arrêt d’un jour entier est déjà trop long, pour que le maître de l’ouvrage soit astreint à payer la journée. 3. Si l’obstacle au travail dure plus longtemps qu’il n’est toléré à cet article, l’ouvrier ne peut pas exiger de paie pour une partie quelconque de la durée de l’empêchement; il n’a rien à prétendre pour toute cette durée. 4. Il peut aussi avoir été convenu du contraire, à savoir que la paie se ferait jour pour jour, semaine pour semaine. Dans un cas semblable, l’intention des parties est qu’il ne doit être tenu compte que du temps réellement consacré au travail. L’engagement des domestiques et d’autres cas analogues font, toutefois, exception sur ce point. 5. ‘Sur l’al. 2’. Dans les cas de cette espèce, principalement en ce qui concerne les domestiques, il se forme entre le maître et le serviteur de certains rapports analogues à ceux de famille. Il est dès lors équitable que le maître prenne soin du serviteur atteint d’une maladie passagère. Il appartient, ici encore, à l’office du juge de décider, si une maladie doit être réputée passagère ou de long terme.”. Para una segunda opinión (concordante en la interpretación), *vid.* HABERSTICH (1824-1891), *Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht ...*, II.1, 123 [ad § 341].

(204) *Vid. supra* respectivamente notas 177, 178, 179, 180 y 181.

(205) HABERSTICH (1824-1891), *Handbuch des schweizerischen Obligationenrecht ...*, II.1, 127-128 [ad § 350]: “Die neuere Gesetzgebung widmet dem Werkvertrag durchwegs eine besondere Behandlung, während das römische Recht denselben als Dienstmiete (locatio conductio operis im Gegensatz zur locatio conductio operarum) aufsatze und infolge dessen die gleichen Grundsätze mit wenigen Abweichungen für beide Vertragsarten ausstellte. Der Unterscheidung, welche die neuere Gesetzgebung macht, schwebt der Gedanke vor, die grössern Accordunternehmungen, welche der Verkehr mit sich bringt, zu normiren. An diese soll sich nur der Sachverständige heranwagen. Die Verantwortlichkeit, welche der Werkvertrag dem Unternehmer auserlegt, ist diejenige, welche von einem Sachverständigen gefordert werden darf. Das Gesetz verlangt zwar diese Eigenschaft vom Unternehmer nicht, aber die Bestimmungen, welche es ausstellt, beruhen

o realización de una obra (*Fertigstellung eines Werkes*) por parte del contratista (§ 350) (206). Pero, si bien acabamos de ver cómo en

auf dieser Voraussetzung. Der Dienstvertrag fordert vom Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung (die Leistung von persönlichen Diensten, Art. 338), ohne auf das Resultat der Arbeitsleistung abzustellen. Bei dem Werkvertrage (auch Werkverdingung) übernimmt es der Unternehmer, ein gewisses Resultat zu erzielen, ein bestimmtes Werk fertig zu stellen. [...]. Das Werk braucht aber nicht nothwendig in der Herstellung einer Sache, z. B. eines Gebäudes, eines Klaviers u. s. w. zu bestehen, auch die Umänderung oder Verbesserung einer Sache kann den Gegenstand des Werkvertrages bilden, z. B. Färben von Garnen, Reparatur eines Gebäudes, einer Feuerspritze u. s. w. Bei der Dienstmiethe beansprucht und bezahlt der Arbeitsherr die fremden Kräfte, aus deren Verwendung er das beabsichtige Resultat erwartet, bei dem Werkvertrag vergibt er die Herstellung des gewünschten Resultates im Accorde. Beim Dienstvertrag wird die Arbeitsleistung gewöhnlich im Tag, Wochen- oder Jahreslohn, bei dem Werkvertrag das Resultat der Arbeit (Stücklohn) bezahlt; der Lohn kann aber überall in einer fixen Summe, in einer Provision oder Tantième, in Geld oder in andern Leistungen bestehen. [...]."

(206) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", §§ 350-371, 706-710, esp. 706, § 350: "Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Fertigstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung.". = SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations ...*, §§ 350-371, 109-115, esp. 109, § 350: "Le louage d'ouvrage par suite de devis ou de marché est un contrat par lequel l'une des parties, l'entrepreneur, s'engage à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre, le maître, s'engage à lui payer.". Para los comentarios, *vid.* SCHNEIDER (1836-1904) *et* FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht ...*, 263 [ad § 350]: "1. Dieser Titel wurde in der Redaktionscommission vom 3. und 4. April 1879 zu Zürich inter thätiger Mitwirkung des Obergeringieurs Hellwag festgestellt. 2. Während beim Dienstvertrag die Arbeitsleistung Desjenigen, welcher seine Dienste vermietet, direkt Gegenstand des Vertrages ist, und das Resultat seiner Arbeit vom Vertrage nicht berührt wird, gibt durch den Werkvertrag (die ersten Entwürfe sagten mit dem Dresdner Entwurf Werkverdingung) der Arbeitsherrn dem Andern ein bestimmtes Werk in Arbeit, der Uebernehmer verpflichtet sich, ein gewisses Resultat zu erzielen. Während dort der Lohn nach der Dauer und Qualität der Arbeit (Taglohn, Wochenlohn u. s. w.) bemessen wird, wird es hier nach dem Resultat (Stücklohn) bemessen. Dort betreibt der Arbeitsherrn die Arbeit in Regie und es ist seine Sache, ob dabei das vom ihm gewünschte Resultat herauskommt; hier weist er dem Uebernehmer, Accordanten, das auszuführende Werk an. 3. 'Fertigstellung eines Werkes'. Es kann diese Werk sowohl in der Herstellung einer Sache, z. B. eines Gebäudes, eines Gemäldes, eines Rockes bestehen, als auch in der Umänderung oder Ver-

este punto se sigue lo que empezaba a ser una “nueva” tradición, respecto el problema ya conocido del suministro de los materiales debe resaltarse una clara diferencia: mientras la “nueva” tradición –seguida por las fuentes estudiadas más arriba (Hessen, § 231; Zürich, § 1574; Bayern, *Motiven*; Sachsen, § 1244; Dresden, § 635) (207)– era bastante conservadora porque, salvo la excepción del constructor, se consideraba que el suministro de materiales por parte del contratista (*Unternehmer*, es decir, el vetusto *conductor operis*) transformaba el negocio en compraventa, el *Schweizerisches Obligationenrecht* no tiene ningún inconveniente en romper con la tradición y convertir la excepción en regla general (el suministro de materiales por el *Unternehmer* no da lugar a una compraventa)

besserung einer solchen, z. B. Färben eines Kleides, Repariren eines Gebäudes, einer Uhr. 4. ‘Vergütung, Lohn, Honorar’. Auch hier kann dieselbe in einer fixen Summe oder in einer Provision oder Tantieme, in Geld oder in andern Leistung bestehen, für das Werk im Ganzen oder nach Theilen (Zahl, Mass, Gewicht, Zeit) bestimmt sein; vergl. Art. 338,2.” = SCHNEIDER (1836-1904) et FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations ...*, 286-287 [ad § 350]: “1. Ce titre fut élaboré dans le sein de la commission de rédaction des 3 et 4 Avril 1879, siégeant à Zurich, avec le concours de M. Hellweg, ingénieur en chef. 2. Tandis que, dans le louage de services, le travail de la personne engagée fait l’objet direct du contrat, et que le résultat de ce travail n’entre pas en ligne de compte, le locateur, dans le louage sur devis et marchés, remet à l’entrepreneur un ouvrage déterminé que celui-ci promet de livrer. Tandis que, dans le premier de ces contrats, le salaire est déterminé par la durée et la qualité du travail (journée, paie hebdomadaire), il est, dans le second, proportionnel au résultat (paiement à la pièce). Dans l’un, l’ouvrage se fait en régie, et c’est l’affaire du locateur lui-même de pourvoir à ce que le résultat du travail corresponde à ses vues; dans l’autre, le maître charge l’entrepreneur de la confection de l’ouvrage. 3. ‘Exécuter un ouvrage’. Il peut consister aussi bien dans la confection ou construction d’une chose, telle qu’une maison, un tableau, un habit, que dans la transformation ou réparation d’un objet, p. ex. à teindre un habit, à rhabiller une montre. 4. ‘Un prix, salaire, honoraire’. Ici encore le prix peut être d’une somme fixe, d’une provision, d’un tantième, payable en argent ou sous une autre forme, pour l’ouvrage en bloc ou par fractions (d’après le poids, le nombre, la mesure, le temps employé). Comp. art. 338,2.”

(207) *Vid. supra* respectivamente notas 187, 188, 189, 190 y 191.

pero con una salvedad crucial: la responsabilidad del contratista por vicios en los materiales aportados se debe resolver según las reglas de la compraventa (§ 352) (208).

(208) "*Bundesgesetz über das Obligationenrecht ...*", §§ 350-371, 706-710, esp. 706, § 352: "(1) Soweit der Unternehmer die Lieferung des Stoffes übernommen hat, haftet er dem Besteller für die Güte desselben; auch hat er nach Massgabe der Artikel 235 bis 242 Gewähr zu leisten. (2) Den vom Besteller gelieferten Stoff hat der Unternehmer mit aller Sorgfalt zu behandeln und über dessen Verwendung Rechenschaft abzulegen; ein allfälliger Rest ist dem Besteller zurückzugeben." = SOLDAN (1855-1900), *Le Code fédéral des obligations ...*, §§ 350-371, 109-115, esp. 109, § 352: "(1) Dans le cas où l'entrepreneur fournit la matière, il est responsable envers le maître de la bonne qualité de ladite matière, et il lui doit, en outre, la garantie prévue aux articles 235 à 242. (2) Si la matière est fournie par le maître, l'entrepreneur est tenu d'en user avec soin et ménagement, de rendre compte de ce qu'il a employé et de restituer ce qui peut lui rester." Para los comentarios, *vid.* SCHNEIDER (1836-1904) *et* FICK (1822-1895), *Das schweizerische Obligationenrecht ...*, 264-265 [§ 352]: "1. Der Munzingersche Entwurf hatte in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte den Grundsatz aufgestellt, dass wenn der Unternehmer in der Hauptsache auch das Material zur Ausführung des Werkes liefere, der Vertrag als Kauf anzusehen sei. Dem wurde die unklare zürcherische Bestimmung (§ 1574) gegenüber gestellt, dass in diesem Falle der Vertrag aus Kauf und Werkverdingung gemischt sei. Schliesslich wurde vorgezogen, einem solchen Vertrage den Charakter eines Werkvertrages zu geben, den Unternehmer aber für rechtliche Mängel an dem von ihm gelieferten Material gleich einem Verkäufer haften zu lassen. 2. Ein Vorschlag gieng dahin, in Uebereinstimmung mit dem Dresdner Entwurf Art. 635 zu bestimmen, dass im Zweifel der Unternehmer nicht verbunden sei, den Stoff zur Ausführung des Werkes zu liefern; ferner dass im Zweifel die Auswahl der zu verwendenden Stoffe und Mittel dem Besteller zukomme. Es ist dies aber wohl selbstverständlich. 3. Es kann auch einem Unternehmer Material übergeben werden in der Meinung, dass er das Werk nicht gerade aus diesem Material, sondern nur aus einem gleichen Quantum gleicher Qualität zu erstellen habe (sogen. irreguläre Werkverdingung). Z. B. Verschiedene Bauern schütten ihr Getreide zusammen in das Schiff eines Dritten, welcher dieses ganze Quantum nach Genf zu führen hat, in der Meinung, dass dort Jeder aus dem gemeinsamen Haufen sein Quantum wieder beziehe. Oder: Verschiedene Bauern bringen ihr Getreide in eine Mühle, wo es zusammen geschüttet wird und nachher jeder Bauer das seinem Getreide entsprechende Quantum Mehl bezieht; oder: A bringt 4 silberne Löffel zum Goldschmid, der ihm daraus ein silbernes Bracelet machen soll. Der Dresdner Entwurf bestimmt, dass in diesem Falle die Gefahr des Stoffes sofort mit der Uebergabe, das Eigenthum aber erst mit der Verwendung anderen Stoffes auf den Un-

Para nuestros intereses inmediatos, la principal aportación del *Bürgerliches Gesetzbuch* [= BGB] (aprobado en 1896 y en vigor a partir de 1900) es, sin duda, sistemática porque, como hemos visto, el *Schweizerisches Obligationenrecht* no consumaba –aunque sí la planteaba– la tripartición (209) y, en cambio, la sistemática del

ternehmer übergehen solle. Beim Mangel einer solchen Bestimmung aber werden wir in einem solchen Fall wohl eher geneigt sein, mit dem gemeinen Recht sofortigen Uebergang, sei es in's Miteigenthum aller Besteller, sei es in dasjenige des Unternehmers anzunehmen. Es ist schon in der Dresdner Conferenz (Prot. p. 4415) hervorgehoben worden, dass ja der Moment der Verwendung anderen Stoffes sich jeder Controle des Mitcontrahenten entziehe.”. = SCHNEIDER (1836-1904) et FICK (1822-1895), *Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations ...*, 288 [§ 352]: “1. Le projet de M. Munzinger, en harmonie avec le droit commun, posait en principe que si l'entrepreneur fournissait la matière, le contrat valait comme vente. A ce principe, on opposa la disposition assez peu claire du Code zuricois, à teneur de laquelle, dans un cas pareil, le contrat tenait à la fois de la vente et du louage. On décida, en dernier lieu, d'attribuer à un semblable contrat le caractère de louage d'ouvrage, tout en rendant l'entrepreneur responsable des vices de la matière fournie conformément aux prescriptions sur la vente. 2. La motion fut faite de statuer, en conformité de l'art. 635 du projet de Dresde que, dans le doute, l'entrepreneur n'était pas tenu de fournir la matière; que le choix des matériaux et des procédés appartenait au maître de l'ouvrage. Cela, nous semble-t-il, va de soi. 3. Il peut aussi se faire que des matériaux soient livrés à l'entrepreneur, sans qu'il doive les faire servir, dans leur identité, à la confection de l'ouvrage, mais avec la faculté, pour lui, d'y employer d'autres matériaux en égales quantité et qualité. Exemple: plusieurs agriculteurs versent ensemble leur blé dans le bateau d'un tiers pour qu'il soit transporté à Genève et dans l'intention que, la marchandise arrivée à destination, chacun retire sa part du tas commun. Autres exemples: Plusieurs agriculteurs apportent leur blé à un moulin où il s'en fait un mélange qui n'empêche pas chacun d'eux d'emporter, le moment venu, sa part de farine. A livre à l'orfèvre 4 cuillères d'argent pour servir à la confection d'un bracelet. Le projet de Dresde veut que, dans ce cas, la matière soit aux risques de l'ouvrier dès la livraison, mais que la propriété ne lui en soit acquise que du moment où il en a employé d'autre. A défaut d'une disposition de ce genre, nous pensons, d'accord avec le droit commun, qu'il naît du mélange, dans les deux premiers exemples, un état de copropriété entre tous les agriculteurs, que, dans le second, l'ouvrier devient propriétaire dès la livraison. Déjà le protocole de la conférence de Dresde (p. 4415) faisait observer que le moment de l'emploi d'une autre matière échappait au contrôle du maître.”.

(209) *Vid. supra* nota 196 y lo dicho en el texto al respecto.

BGB en esta materia es el fruto final y acabado del nuevo paradigma de la tripartición: separándose de la tradición jurídica anterior, el BGB restringe el uso del término “arrendamiento” para indicar sólo el arrendamiento de cosas (*Miete. Pacht*) (*Dritter Titel*) y, luego excluyéndolos radicalmente del ámbito locativo, crea dos “nuevos” contratos *sui generis* cuyo contenido se refiere al trabajo o al resultado del trabajo de una de las partes contratantes: las vetustas *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis* se convierten ahora respectivamente en el “contrato de servicios” (*Dienstvertrag*) (*Sechster Titel*) y el “contrato de obra” (*Werkvertrag*) (*Siebenter Titel*) sin ninguna relación –ya no tienen nada en común– con el arrendamiento (210). Por lo tanto, el resultado es sencillo y diáfano: “tres” contratos distintos, es decir, la consagración legislativa del paradigma sistemático de la tripartición.

En el caso del *Dienstvertrag*, esta opción por una radical diferenciación fue intencionada y sus trazos son visibles en su definición (211) y configuración. Para subrayar el carácter social de este contrato referido al trabajo humano, el legislador alemán no sólo cortó de raíz cualquier rastro de la antigua asimilación que lo vinculaba al arrendamiento de cosas (por este motivo, se rechazó la denomina-

(210) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich nebst Einföhrungs-gesetz und Sachregister. Original-Text-Ausgabe mit ausführlichen Erläuterungen zu jedem Titel zur Selbstbelehrung und zum praktischen Gebrauch gemeinverständlich für Jedermann dargestellt. Unter Mitwirkung bewährter Juristen Nord- und Süddeutschlands herausgegeben von Ferd[inand] A. Geb-hard und Josef P. Lutz*, (Berlin: Verlag des Neuen Deutschen Rechtsbuches W. Herlet, 1909⁴²), §§ 535-580 y §§ 581-597, 102-107 y 109-111 (*Miete. Pacht*), §§ 611-630, 115-118 (*Dienstvertrag*) y §§ 631-651, 119-122 (*Werkvertrag*).

(211) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 611-630, 115-118, esp. 115, § 611: “(1) Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein.”. = *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900. Traduit et annoté par C. Bufnoir, P. Cazelles, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann et R. Saleilles* (Paris : Imprimerie Nationale, 1906), II, 133-134, § 611: “(1) En vertu du contrat de services, celui que s’engage à des services est obligé à la prestation des services promis, et l’autre partie est obligée de fournir la rémunération convenue. (2) Peut faire l’objet du contrat de services des services de toute nature.”

ción de arrendamiento de servicios y se prefirió la de “contrato de servicios”) sino que, en contra de la tendencia tradicional (Hessen, § 220; Zürich, § 1560 y § 1563; Bayern, § 492; Dresden, § 622) (212), evitó cualquier término que implicara subordinación de uno de los contrantes al otro (por ejemplo, amo o patrón frente a doméstico u obrero) y prefirió usar un lenguaje jurídico neutro que situara a ambas partes contrantes en un plano de perfecta igualdad formal: así, uno era “quien tiene derecho a los servicios” o “el titular de los servicios” (*der Dientsberechtigte*) y el otro “el obligado a prestar los servicios” (*der zur Dienstleistung verpflichtete*) (respectivamente, §§ 615 y 616 BGB).

Además, para realzar el contrato de servicios, se fundieron en el mismo contrato “toda clase de servicios” (*Dienste jeder Art*) (§ 611.2 BGB), desde los de los criados domésticos y trabajos manuales (*artes illiberales*) hasta los considerados “más elevados o relevantes” porque comportaban implícitamente el ejercicio de facultades intelectuales (*artes liberales*) (213): simplificando, allí donde hay trabajo humano asalariado (214), aquello es un contrato

(212) *Vid. supra* respectivamente notas 173, 174, 175 y 176.

(213) Sin embargo, el BGB tiene en cuenta el carácter “más elevado” de ciertos servicios (*Dienste höherer Art*) respecto la denuncia del contrato (§§ 622 y 627 BGB).

(214) LOTMAR relativizó la distinción entre *operae illiberales* y *operae liberales* poniendo de relieve que la especial configuración y consideración de estas últimas obedecía a las distintas condiciones culturales y sociales romanas en que se desarrollaron pero que, en el fondo, ya entonces los honorarios eran el instrumento mediante el cual el profesional liberal podía sustentarse y ejercer su profesión y de ahí que el BGB hubiera sacado la conclusión que, en la medida que también remuneradas, se podía unir ambas categorías bajo la fórmula “toda clase de servicios”. Al respecto, *vid.* Philipp LOTMAR (1850-1922), *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches von ...* (Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902), I, 74-75: “[...]. Diese Eigenschaft der Unentgeltbarkeit besaßen ehemals, in einem anderen Kulturkreis und unter anderen ökonomischen Bedingungen, die Leistungen der artes liberales. Durch die Arbeitsverträge des römischen Rechts konnten sie nicht ausbedungen werden. Die Honorare, die für sie gewährt oder binden zugesagt werden konnten, hatten nicht die Eigenschaft des Entgeltes oder der Gegenleistung, sondern waren nur dazu bestimmt, die Ausübung der ars liberalis zu ermöglichen oder zu erleichtern, also eine Sustentation ihres Vertreters zu sein. Dagegen in der herrschenden Moral und Ökonomie haben jene Leistungen die Unentgelt-

de servicios (215). El legislador alemán expresó formalmente esta solución porque, como ya vimos más arriba, ésta era una cuestión controvertida y, según acabamos de ver, se optó por una concepción claramente democrática cuyos primeros –y ya conocidos– pasos se encuentran en el Código sajón (§§ 1229-1230) (216), el proyecto de Dresden (§§ 614-615) (217) y el *Schweizerisches Obligationenrecht* (§ 348) (218). Pero, como se recordara, el *Schweizerisches Obligationenrecht* aún utilizaba la expresión “honorarios” para las profesiones liberales y, al admitir el mandato retribuido (§ 392) (219), dejaba de nuevo abierta la puerta a las distinciones y diferencias sociales. En cambio, el BGB fue radicalmente igualitario y ya no hablaba ni de “honorarios”, ni de “salarios”, sino simplemente de “remuneración” (*Vergütung*) como ya lo había hecho el proyecto de Dresden (Dresden, § 614) (220).

Aunque el uso de algunos adjetivos pueda sugerir lo contrario, esta concepción no fue inspirada por los partidos alemanes de izquierda. Precisamente, los socialistas del Reichstag combatieron esta unificación de “toda clase de servicios”. Ellos hubieran preferido la instauración de una distinción entre *Dienstvertrag* y *Arbeitsvertrag*, reservando el “contrato de servicios” para los domésticos en

barkeit abgestreift und sind fähig geworden, in Arbeitsverträgen vereinbart zu werden. Denn wenn nach dem BGB. Gegenstand des Dienstvertrags Dienste jeder Art sein können, und Gegenstand des Werkvertrags ein durch Arbeit herbeizuführender Erfolg sein kann, so sind hiervon, wie allgemein gelehrt wird, die Berufsarbeiten der artes liberales nicht ausgenommen. Damit sind sie als der Entgeltung fähig anerkannt. [...]”. Este mismo criterio de que los honorarios eran el sustento de las *artes liberales* fue defendido unos pocos años antes por el suizo THALBERG, *vid.* THALBERG (¿?-¿?), *Der Dienstvertrag nach schweizerischem Obligationenrecht ...*, 59.

(215) Sin embargo, el § 612.1 BGB reconoce a *sensu contrario* que, según las circunstancias, algunos servicios se prestan o se deben prestar gratuitamente (por ejemplo, el trabajo doméstico realizado por esposa e hijos) y, por este motivo, LOTMAR puntualizó que, en circunstancias objetivas, se debe considerar que el contrato de servicios ha sido concertado mediada remuneración (LOTMAR (1850-1922), *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht ...*, I, 126-127).

(216) *Vid. supra* nota 182.

(217) *Vid. supra* notas 176, 183 y 184.

(218) *Vid. supra* nota 197.

(219) *Vid. supra* nota 199.

(220) *Vid. supra* notas 176 y 183.

exclusiva y adjudicando el “contrato de trabajo” a los trabajadores manuales (221). Por otra parte, también rechazaron la asimilación de trabajo manual e intelectual, requiriendo para el primero siempre una remuneración que, en el segundo, sólo se debía merecer en caso de obtener un resultado efectivo (lo cual hubiera llevado a someter a las profesiones liberales al régimen del *Werkvertrag*) (222). El Reichstag no se inclinó ante estas distinciones inspiradas por el marxismo más intransigente (imbuido de *Klassenkampf*) y mantuvo el principio de igualdad (223).

Como no podía ser de otro modo, esta configuración convirtió al *Dienstvertrag* en un contrato *sui generis*, diferenciándolo de otras fuentes obligatorias. En especial, del aquel otro contrato con el que hasta el momento había mantenido más proximidad: el mandato. En este punto, el BGB fue original y no porque planteara una innovación sino precisamente por todo lo contrario: un retorno sorprendente a las raíces del Derecho romano. En Roma, el mandato era un

(221) Por cierto, ésta fue la opción escogida por el *Código civil português* de 1867 que, bajo la rúbrica común de “Do contracto de prestação de serviços”, sitúa y regula en una sección “Do serviço domestico” (arts. 1370-1390, esp. art. 1370: “Diz-se serviço domestico o que è prestado temporariamente a qualque individuo por outro, que com elle convive, mediante certa retribuição.”) y, en la siguiente, “Do serviço salariado” (arts. 1391-1395, esp. art. 1391: “Serviço salariado è o que presta qualquer individuo a outro, dia por dia, ou hora por hora, mediante certa retribuição relativa a cada dia ou a cada hora, que se chama salario.”) (*Código civil português. Aprovado por Carta de lei de 1 de julho de 1867. Segunda edição official* (Lisboa: Imprensa Nacional, 1868), 236-240, esp. 236 y 239). Pero, para evitar interpretaciones erróneas, debemos aclarar que esta estructura no se forjó por impulso de la izquierda política. Sobre la codificación civil portuguesa y este Código, *vid.* Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do Direito português* (Coimbra: Edições Almedina, 2005³ [orig. 1989]), 432-440; Nuno J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito português. Fontes de Direito* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006⁴), 518-521.

(222) Al respecto, *vid.* Tilman REGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2001), 215-231, esp. 226-231. Para las posiciones conservadoras sobre el *Dienstvertragsrecht*, *vid.* Petra ZRENNER, *Die konservativen Parteien und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches* (Berlin: Lit Verlag, 2008), 205-227.

(223) Sin embargo, se incluyeron algunas distinciones de detalle basadas en la distinta naturaleza de los servicios en los §§ 618, 622 y 627 BGB.

contrato esencialmente gratuito, el mandatario cumplía un servicio de amigo porque, si se estipulaba un salario, el contrato dejaba de ser mandato para convertirse en *locatio conductio* (224). Así, el BGB optó por configurar el mandato como esencialmente gratuito y, en consecuencia, quedaba radicalmente distinguido del contrato de servicios (cfr. § 662 BGB y § 675 BGB) (225). Pero, fruto de los nuevos tiempos, también había un invitado inesperado: el contrato de sociedad. Como a no tardar se intentó conceptualizar la relación entre obrero y empresario como un contrato de sociedad (226), el BGB trató de evitar cualquier tentación parecida a través de admitir el patrimonio mancomunado (*gesammte Hand*) en la constitución de la sociedad (§ 719 BGB).

Si más arriba ya hemos podido detectar en el *Schweizerisches Obligationenrecht* (§ 341) un primer y leve destello de preocupación legislativa por las condiciones laborales de los trabajadores (227), el

(224) D. 17,1,1,4 [Paul. 32 ad ed.]: “Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.”

(225) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, 127, § 662: “Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.”. = *Code civil allemand ...*, II, 193, § 662: “Par l’acceptation d’un mandat, le mandataire s’oblige à s’occuper gratuitement pour le mandant de toute affaire à lui confiée par ce dernier.” y 128, § 675: “Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.”. = *Code civil allemand ...*, II, 206-207, § 675: “Reçoivent application correspondante à tout contrat de services ou à tout contrat d’ouvrage ayant pour objet la conduite d’une affaire les dispositions des articles 663, 665 à 670, 672 à 674, et en outre les dispositions de l’article 671 al. 2 lorsque le droit de dénoncer sans l’observation d’un délai de dénonciation appartient à l’obligé.”

(226) Para esta tentativa, *vid.* Émile CHATELAIN (?-?), *De la nature du contrat entre ouvrier et entrepreneur. Étude critique de droit économique par ...* (Paris: Félix Alcan éditeur, 1902). Su teoría fue severamente criticada por François GÉNY en una recensión: François GÉNY (1861-1959), “Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail”, in: *Revue trimestrielle de Droit civil*, núm. 1 (1902), 333-343.

(227) *Vid. supra* nota 203.

BGB contiene en su regulación del contrato de servicios un nutrido grupo de disposiciones que también expresan ese mismo interés humanitario y benefactor hacia los asalariados: así, el § 616 BGB atribuye al empleado el derecho al salario a pesar de estar impedido temporalmente para el trabajo (228); el § 617 BGB establece el de-

(228) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 611-630, 115-118, esp. 116, § 616: “Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.”. = *Code civil allemand ...*, II, 140-142, § 616: “L’obligé à la prestation de services ne perd pas sa prétention à la rémunération par le fait qu’il aurait été empêché d’effectuer la prestation de services pour une cause qui lui était personnelle, sans sa faute, pendant un temps relativement sans importance. Toutefois, il doit nécessairement subir la déduction du montant de ce qui lui revient, pour la durée de l’empêchement, à raison d’une assurance contre la maladie ou contre les accidents établie sur le fondement d’une obligation légale.”. En la confección de este § 616 BGB, se tuvieron en cuenta no sólo los ya conocidos § 60 del *Allgemeines deutschen Handelsgesetzbuch* de 1869 (vid. *supra* nota 201) y § 341.1 del *Schweizerisches Obligationenrecht* (vid. *supra* nota 203) sino también el § 133c.2 de la *Gewerbeordnung* [= Código de la industria] de 1891. Para esta última norma, vid. *Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich mit den Ausführungsbestimmungen. Bearbeitet von Kosisch* (Hannover: Helwingsche Verlagsbuchhandlung, 1900), II, 246-247, esp. 246, § 133c.2: “(1) [...]. (2) In dem Falle zu 4 bleibt der Anspruch auf die vertragsmässigen Leistungen des Arbeitgebers für die Dauer von 6 Wochen in Kraft, wenn die Verrichtung der Dienste durch unverschuldetes Unglück verhindert worden ist. Jedoch mindern sich die Ansprüche in diesem Falle um denjenigen Betrag, welcher dem Berechtigten aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Krankenversicherung oder Unfallversicherung zukommt.”. En sentido estricto, lo establecido es lo siguiente: según el § 323 BGB, el riesgo de una imposibilidad parcial de la prestación de servicios debía ser soportado por el deudor de servicios pero, en virtud de este § 616 BGB, se transfería al empleador. Pero, ¿qué ocurrirá si los servicios son imposibles de prestar porque la cosa en la que se debían prestar ha sido destruída por un accidente o de imposible prestación por una causa independiente de las personas del acreedor o deudor?. Por ejemplo, si se quema la fábrica en la que los obreros estaban contratados. Esta cuestión fue discutida y, en la segunda Comisión, se propuso reemplazar en el § 562 del proyecto [= § 616 BGB] la expresión “por un motivo que concurre

ber patronal de velar por la alimentación y asistencia médica de su empleado enfermo (229); el § 618 BGB establece el deber patronal

en su persona” por “más allá del caso previsto en el § 561” del proyecto [= § 615 BGB]. La propuesta fue rechazada. Pero, esto no significa que la mayoría de la segunda Comisión deseará la solución opuesta. En efecto, una parte de la Comisión entendía que, en los casos planteados, había mora de aceptación del acreedor y se debía aplicar el § 615 BGB y, por lo tanto, se debía rechazar la propuesta por superflua (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. II. Recht der Schuldverhältnisse Abschn. II, tit. 2-20, Abschn. III, IV* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1898), 291). Pero, esta problemática se planteó porque no era posible extender analógicamente el § 616 BGB a casos no previstos, a saber, si en las hipótesis planteadas se puede sostener que hay mora de acreedor y la cuestión se proyecta hacia el siguiente análisis del contrato de servicios. Mediante el contrato de servicios, el obligado se obliga pura y simplemente a prestar su actividad económica y poner su facultad de trabajo a disposición del acreedor de modo que, ¿si el acreedor se niega a aceptarla, se encuentra en mora, incluso más allá de cualquier culpa por su parte y, aunque este rechazo de empleo proceda de una imposibilidad de la cual él no debe responder?. O, por el contrario, ¿el obligado se obliga a emplear su trabajo bajo las condiciones previstas en el contrato y entre las cuales figura el empleo de máquinas y de una organización industrial?. En esta última acepción, la pérdida fortuita de las máquinas y de la fábrica se convierte en una imposibilidad fortuita y un riesgo que el obligado debe soportar. Por lo tanto, debe reconocerse que otra parte de la Comisión rechazó la enmienda en la creencia que produciría una inversión en la teoría de los riesgos (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, II, 281-282).

(229) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 611-630, 115-118, esp. 116, § 617: “(1) Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses ausser Betracht. (2) Die Verpflichtung

de tomar medidas de protección de la vida y salud de su empleado (230); el § 619 BGB establece que estos deberes patronales de asis-

des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist.”. = *Code civil allemand* ..., II, 142-145, § 617: “(1) Lorsque, dans un rapport de services durable qui réclame d’une façon complète ou principale la faculté de travail de l’obligé aux services, l’obligé a été admis dans la communauté de vie domestique de l’ayant droit aux services, celui-ci, en cas de maladie, est tenu de lui fournir l’assistance et les soins médicaux nécessaires jusqu’à concurrence d’une durée de six semaines, mais toutefois sans aller au delà de la cessation du contrat de services, en tant du moins que la maladie n’a pas été contractée par l’obligé par son fait intentionnel ou sa négligence grossière. L’assistance et les soins médicaux peuvent être fournis par le placement de l’obligé dans un établissement de malades. Les frais peuvent être déduits de la rémunération due pour le temps de la maladie. Si le rapport de services est dénoncé par le créancier conformément à l’article 626, à raison de la maladie, la cessation du rapport de services qui en serait résultée demeure hors de considération. (2) L’obligation de l’ayant droit aux services n’existe plus lorsqu’il a été pourvu à l’assistance et au traitement médical par une assurance ou par un service médical public.”. En la confección de este § 617 BGB que introdujó el Reichstag, se tuvieron en cuenta no sólo el ya conocido § 341.2 del *Schweizerisches Obligationenrecht* (vid. *supra* nota 203) sino también las disposiciones de las legislaciones territoriales sobre domésticos (*Gesindeordnungen*) (sobre el *Gesindevertrag* que es su fundamento, vid. *supra* nota 148).

(230) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich* ..., §§ 611-630, 115-118, esp. 116, § 618: “(1) Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. (2) Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind. (3) Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatz die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 entsprechende Anwendung.”. = *Code civil allemand* ..., II, 145-150, § 618: “(1) L’ayant droit aux services est tenu d’organiser et entretenir les locaux, installations et ustensiles qu’il doit fournir pour l’exécution des services et de

régler les prestations de services qui doivent être faites sous ses ordres ou sa direction, de telle sorte que l'obligé soit protégé contre tout danger pour sa vie ou sa santé, autant que la nature de la prestation de services le permet. (2) Lorsque l'obligé aux services a été admis dans la communauté de vie domestique de l'ayant droit aux services, celui-ci doit, en ce qui concerne les locaux destinés à l'habitation et au coucher, la nourriture et également le temps de travail et de repos, prendre les mesures d'organisation et de réglementation qui sont nécessaires en vue de la santé, de la moralité et de la religion de l'obligé. (3) Lorsque l'ayant droit aux services ne remplit pas les obligations qui lui incombent relativement à la vie et à la santé de l'obligé, reçoivent application correspondante par rapport à son obligation à dommages-intérêts les dispositions des articles 842 à 846 concernant les actes illicites.”. En la confección de este § 618 BGB, se tomaron en consideración los §§ 120a-120c de la *Gewerbeordnung* de 1891. Para estas normas, *vid. Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich ...*, II, 153-207, esp. 153, § 120a: “(1) Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, die Arbeitsräume, Betriebsvorrichtungen, Maschinen- und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und den Betrieb so zu regeln, dass die Arbeiter gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, wie es die Natur des Betriebes gestattet. (2) Insbesondere ist für genügendes Licht, ausreichenden Luftraum und Luftwechsel, Beseitigung des bei dem Betriebe entstehenden Staubes, der dabei entwickelten Dünste und Gase, sowie der dabei entstehenden Abfälle Sorge zu tragen. (3) Ebenso sind diejenigen Vorrichtungen herzustellen, welche zum Schutze der Arbeiter gegen gefährliche Berührungen mit Maschinen und Maschinentheilen oder gegen andere in der Natur des Betriebsstätte oder des Betriebes liegende Gefahren, namentlich auch gegen die Gefahren, welche aus Fabrikbränden erwachsen können, erforderlich sind. (4) Endlich sind diejenigen Vorschriften über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeiter zu erlassen, welche zur Sicherung eines gefahrlosen Betriebes erforderlich sind.”; 160, § 120b: “(1) Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, diejenigen Einrichtungen zu treffen und zu unterhalten und diejenigen Vorschriften über das Verhalten der Arbeiter im Betriebe zu erlassen, welche erforderlich sind, um die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes zu sichern. (2) Insbesondere muss, soweit es die Natur des Betriebes zulässt, bei der Arbeit die Trennung der Geschlechter durchgeführt werden, sofern nicht die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes durch die Einrichtung des Betriebes ohnehin gesichert ist. (3) In Anlagen, deren Betrieb es mit sich bringt, dass die Arbeiter sich umkleiden und nach der Arbeit sich reinigen, müssen ausreichende, nach Geschlechtern getrennte Ankleide- und Waschräume vorhanden sein. (4) Die Bedürfnisanstalten müssen so eingerichtet sein, dass sie für die Zahl der Arbeiter ausreichen, dass den Anforderungen der Gesundheitspflege entsprochen wird, und dass ihre Benutzung ohne Verletzung von Sitte und Anstand erfolgen kann.” y 161, § 120c: “Gewerbeunternehmer, welche Arbeiter unter achtzehn Jahren beschäftigen, sind verpflichtet, bei der Ein-

richtung der Betriebsstätte und bei der Regelung des Betriebes diejenigen besonderen Rücksichten auf Gesundheit und Sittlichkeit zu nehmen, welche durch das Alter dieser Arbeiter geboten sind.”. El § 618.2 BGB fue introducido por el Reichstag y los §§ 618.1 y 618.3 BGB por la segunda Comisión así como la referencia a este § 618 BGB inserta en el § 619 BGB (*vid. infra* núm. 231). En conjunto, la norma establece el deber patronal de organizar y mantener los locales, dispositivos y herramientas de trabajo de tal modo que, según lo permita la naturaleza de la prestación de servicios, el empleado esté protegido contra peligros que amenacen su vida y salud y, si el empleador incumple este deber, será responsable de los daños y perjuicios causados. Pero, siempre que se establezca su culpa. A este respecto y sobre la aplicación de los principios generales a esta hipótesis, en la segunda lectura de la segunda Comisión surgió una duda y, para resolverla, se propuso añadir el siguiente complemento en el párrafo 1: “En las prestaciones ordinarias de servicios el titular de los servicios no está obligado a tomar medidas extraordinarias.”. Como la Comisión estaba de acuerdo en que la interpretación del párrafo 1 debía ser amplia, dicha propuesta fue rechazada (cfr. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. VI. Anwendung ausländischer Gesetze. Entwurf II des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Revision. Entwurf des Einführungsgesetzes. Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes etc.* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1899), 187-188). Pero esta cuestión y su solución forman parte de una problemática de importancia considerable. Para determinar la eventual culpa del empleador, es necesario precisar el alcance de su deber de proporcionar unas condiciones de trabajo en que queden protegidas contra cualquier daño la vida y salud de sus empleados. Por este motivo, se planteó la siguiente cuestión: ¿el empleador está obligado a tomar “todas” las precauciones que pueda para proteger a sus empleados contra cualquier riesgo de accidente, aunque dichas precauciones entrañen gastos, desvelos y dificultades insospechadas y desproporcionadas según las condiciones de la industria? o bien ¿sería suficiente con que tomara sólo las precauciones “usuales”? En principio, se propuso limitar su deber a las precauciones “usuales” pero se consideró que era un criterio demasiado estrecho, laxo e indeterminado porque, a menudo, los usos son insuficientes para proteger a los trabajadores, los establecen generalmente los patronos que tienen escaso interés en armonizar rendimiento del trabajo y protección del trabajador y, además, ¿qué usos debían seguirse: los locales o los generales?. Como solución, se prefirió un criterio menos rutinario y un poco más teórico: la naturaleza de los servicios. Según la naturaleza del trabajo y las condiciones necesarias para ejercerlo, se fijaba el límite que el patrón debía respetar. Evidentemente, este criterio no resolvía el problema general de los riesgos (en determinadas industrias, su misma actividad es un peligro permanente) pero se consideró como una cuestión de nivel más elevado: la necesidad de establecer reglamentos generales pro-

tencia y protección son irrenunciables (231) y, finalmente, varios párrafos delimitan una minuciosa reglamentación de las condiciones para la denuncia del contrato (§§ 620-628 BGB) (232).

tectores de trabajo y trabajadores aplicables a toda la industria para no crear desigualdades entre los establecimientos industriales. En definitiva, la segunda Comisión entendió que, al escoger el criterio de la naturaleza de los servicios, fijaba el límite del deber impuesto al empleador y, en consecuencia, el criterio para medir su eventual culpa en caso de incumplimiento (cfr. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, II, 293). A pesar de este criterio (fijado en la primera lectura), la segunda Comisión recibió al revisar el segundo proyecto la enmienda indicada más arriba que, en el fondo, traducía dudas a causa de la redacción poco clara que se adoptó (cfr. *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, VI, 187-188). Se le planteó el siguiente ejemplo: cada año en las grandes ciudades y por lo elevado de los edificios, cuando las criadas limpian las ventanas por su lado exterior se inclinan hacia afuera y se exponen a perder el equilibrio y caer a la calle. Lo mismo ocurre cuando se inclinan y se esfuerzan para abrir o cerrar ventanas fijadas al muro y con un cierre exterior. En estos casos, se conocían medios para prevenir los riesgos: ventanas cuyo sistema de cierre funcionaba desde el interior y, para la limpieza de los cristales, las eventuales caídas al exterior se podían prevenir atando con una cuerda a la criada. Por lo tanto, si se producía un accidente, ¿el patrón sería responsable por no haber adaptado sus persianas o no haber exigido a su criada que se atara?. En el fondo, el problema siempre acaba desembocando en una alternativa: apreciar las precauciones desde un punto de vista abstracto e imponerlas cuando no obstaculicen los trabajos o bien apreciarlas según los usos y costumbres. Esta última opción era la que se pretendía afirmar y precisar con la enmienda presentada. Al respecto, la segunda Comisión consideró que la aplicación de los principios generales era suficiente para imponer esta visión porque la naturaleza de los trabajos sólo se puede precisar según las condiciones normales de trabajo. Así, pues, es necesario tener en cuenta los usos. La cuestión radica en no tomar la rutina como una coartada fácil para no investigar lo que se podría hacer teniendo en cuenta las exigencias del trabajo y las condiciones para ejecutarlo.

(231) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 611-630, 115-118, esp. ; 116, § 619: “Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.”. = *Code civil allemand ...*, II, 150-151, § 619: “Les obligations incombant à l’ayant droit aux services d’après les articles 617-618 ne peuvent être, par avance, ni écartées ni limitées par contrat.”. Este § 619 BGB fue introducido por el Reichstag.

(232) La denuncia del contrato de servicios está regulada en los §§ 620-628 BGB. El contenido de la mayoría de estas disposiciones es bastante anodino porque se refiere a la forma y plazos para realizar la denuncia (por

En esta cuestión y como se ha visto, el BGB debe ser considerado la coronación de los esfuerzos legislativos que, desde finales del siglo XIX, se habían intentado para mejorar la suerte de los trabajadores (233).

ejemplo, el § 622 BGB forjado por la segunda Comisión tomando como base el § 61 del *Allgemeines deutschen Handelsgesetzbuch* de 1869 (vid. *supra* nota 201) y el § 133a.2 de la *Gewerbeordnung* (vid. *Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich ...*, II, 242-245, esp. 242-243). Sobre esta regulación de la denuncia, vid. Heinrich DERNBURG (1829-1907), *Pandekten von ...II. Obligationenrecht. Unter Mitwirkung von Johannes Biermann* (Berlin: Verlag von H. M. Müller, 1900⁶ [orig. 1886]), § 112, 310-312, esp. 310-311 y n. 7 (empleado) y 311-312 y n. 13-15 (patrón) = DERNBURG (1829-1907), *Diritto delle obbligazioni ...* (1903), § 112, 486-489, esp. 487-488 y núm. 7 (empleado) y 489 y n. 13-15 (patrón). Sin duda, el más interesante de este conjunto es el párrafo que, de modo semejante al § 346 del *Schweizerisches Obligationenrecht* (vid. *supra* nota 202), establece la posibilidad de denunciar un contrato de servicios por “causa grave” (*Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 611-630, 115-118, esp. 117, § 626: “Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.” = *Code civil allemand ...*, II, 154-155, § 626: “Le rapport de services peut être dénoncé par chaque partie, sans observer aucun délai de dénonciation, au cas de cause grave.”). Sobre los §§ 626-628 BGB, vid. REINHARD, “Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag und die Rechtswirkungen des berechtigten und unberechtigten Rücktritts nach Reichsrecht (Handelsgesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch, Gewerbeordnung) und nach Sächs. Bürgerlichen Recht”, in: *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess*, núm. 7 (1897), 33-51, esp. 42 y ss. Como esta noción de “causa grave” no estaba precisada, en la segunda Comisión se propuso completar el § 626 BGB citando ejemplos y, en particular, mencionar como causas de denuncia el abuso de confianza, la conducta inmoral o el perjuicio considerable causado a la otra parte o los suyos. Pero, se consideró que este complemento podía oscurecer el sentido de la norma y la proposición fue retirada (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, II, 302 y ss.).

(233) Para las condiciones y primer desarrollo del Derecho del trabajo en Francia y Alemania, vid. Gérard AUBIN et Jacques BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail* (Paris: Presses Universitaires de France, 1995), 222-257; BECKER, *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland: vom Beginn ...*, § 5, 85-113. Para la efervescencia de estudios sobre el contrato de trabajo y, en general, el Derecho del trabajo con la llegada del siglo XX, vid. Michel BODEUX (1864-¿?), *Études sur le contrat de travail par ...* (Louvain-Paris: A. Uystpruyst-Dieudonné libraire-éditeur-Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts et du Journal du Palais, 1896); Lodovico BARASSI (1873-1956), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo ita-*

En el título VII, el BGB se ocupa de la vetusta *locatio conductio operis* romana. Sin embargo, el legislador alemán se separó de la tradición romanista al desgajar este contrato del ámbito del arrendamiento y tratarlo como un contrato independiente y *sui generis* con la denominación de *Werkvertrag* (234).

Pero, también lo diferenció de los precedentes que ya hemos visto más arriba. Como se recordará, las fuentes consultadas ofrecían un panorama bastante homogéneo: la mayoría definía el *Verdingungsvertrag* como el contrato consistente en la producción o realización de una obra o cosa en sentido corpóreo (Hessen, § 230; Zürich, § 1572; Bayern, § 541; Dresden, § 634; *Schweizerisches Obligationenrecht*, § 350) (235) y la excepción era el Código sajón porque, además, añadía la realización de una empresa en el sentido

liano (Milano: Società Editrice Libreria, 1901 [Reedición anastática 'A cura di Mario Napoli': Milano: Vita e Pensiero, 2003]); Karl FLESCHE (1853-1915), *Zur Kritik des Arbeitsvertrags. Seine volkswirtschaftlichen Funktionen und sein positives Recht. Sozialrechtliche Erörterungen von ...* (Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1901); Philipp LOTMAR (1850-1922), *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches von ...* (Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1902 y 1908), I-II; H[enri] PASCAUD (1835-¿?), *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation législative par ...* (Paris: Albert Fontemoing éditeur, 1902); Arthur STADTHAGEN (1857-1917), *Das Arbeiterrecht. Rechte und Pflichten des Arbeiters in Deutschland aus dem gewerblichen Arbeitsvertrag und aus den Unfall-, Kranken- und Invalidenversicherungs-Gesetzen, unter besonderer Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ... Erläutert von ...*, (Stuttgart: Verlag von J.H.W. Dietz Nachf., 1904⁴); Henri G. LANGLOIS (¿?-¿?), *Une étape de l'évolution sociale. Le contrat de travail par ...* (Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1907).

(234) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 631-651, 119-122, esp. 119-120, § 631: "(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein." = *Code civil allemand ...*, II, 158-160, § 631: "(1) En vertu du contrat d'ouvrage, l'entrepreneur est obligé à la confection de l'ouvrage promis et l'auteur de la commande au payement de la rémunération convenue. (2) L'objet du contrat d'ouvrage peut aussi bien consister dans la confection ou la modification d'une chose que dans tout autre résultat à obtenir par le travail ou par la prestation de services."

(235) *Vid. supra* respectivamente notas 177, 178, 179, 181 y 206.

de tarea (Sachsen, § 1243) (236). Esta misma noción centrada en la creación o transformación de una cosa material también figuraba en el Código prusiano que, además, exigía que la remuneración fuera pagada en bloque (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* I,11,8 § 925) (237) y que el contratista realizará él mismo la obra o, al menos, una parte de ella (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I,11,8 §§ 928-929). Naturalmente, de esta visión restrictiva se derivaba una consecuencia que, en una sociedad en proceso de industrialización como la Alemania que se preparaba para entrar en el siglo xx (238), parecía un obstáculo: la exclusión de todo tipo de trabajos cuyo objetivo fuera la obtención de un resultado distinto de uno material o corpóreo: por ejemplo, el clásico transporte de cosas o personas pero también los servicios de carácter artístico (pintores, actores, cantantes, etc.), técnico (ingenieros, arquitectos, etc.) o científico.

Una vez hubo tomado en consideración estos precedentes (239), el primer Proyecto rechazó las reglas prusianas sobre el pago en bloque y la ejecución personalísima de la obra (240) y sacrificó en parte la primera al distinguir entre el contrato de obra propiamente dicho (el que sólo comportaba la creación de una cosa, § 567 del

(236) *Vid. supra* nota 180 y lo dicho en el texto al respecto.

(237) *Vid. supra* nota 134.

(238) Sobre el desarrollo industrial de Alemania en el cambio de siglo XIX-XX, *vid.* F[rantz] C. HUBER (1851-1913), *Deutschland als Industriestaat* (Stuttgart: J.B. Cotta'sche Buchhandlung Nachfolger, 1901), 19-39 (visión de conjunto de la situación en aquel momento), 82 (Alemania como la cuarta potencia industrial del Continente europeo después de Gran Bretaña, Suiza y Bélgica) y 277-512 (análisis de la industria por sectores de actividad). Para un estudio comparativo del desarrollo económico de Francia y Alemania, *vid.* J[ohn] H[arold] CLAPHAM (1873-1946), *The Economic Development of France and Germany, 1815-1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1921), §§ 70-81, 278-338 (industria alemana), esp. §§ 79-81, 322-338 (las condiciones de trabajo y la legislación social). A efectos de la comparación, para una visión de conjunto del desarrollo industrial de Suiza en aquel mismo período, *vid.* Emil HOFMANN (1865-¿?), *Die Schweiz als Industriestaat* (Zürich: Druck und Verlag von Schulthess, 1902), 68-86.

(239) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (Berlin-Leipzig: Verlag von J. Guttentag, 1888), §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], 470-509, esp. 471.

(240) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches ...*, §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], esp. 471-472.

proyecto) y el contrato de obra *lato sensu* (*Werkvertrag im weiterem Sinn*, § 579 del proyecto) que abarcaba los trabajos conducentes a cualquier otro resultado y al cual se debían aplicar principios especiales sobre aceptación y prescripción (241). Con determinación, la segunda Comisión rechazó esta distinción del primer Proyecto para asumir una solución basada en la abstracción: el contrato de obra se definiría por la producción u obtención de un resultado (*Erfolg*) de modo que quedaban englobados en una única categoría tanto los resultados materiales como los inmateriales (242). En consonancia con esta decisión, esta segunda Comisión también fue la responsable de la creación de un título propio e independiente para el contrato de obra (el primer Proyecto lo había unido al contrato de servicios) para destacar la profunda diferencia que lo distinguía del contrato de servicios: mientras el núcleo definidor del contrato de servicios era el trabajo o actividad (*Tätigkeit*), el del contrato de obra era el producto del trabajo o, usando la citada abstracción, el resultado del trabajo (*Erfolg*) (243). No sin cierta ironía, GIERKE expresó esta misma distinción mediante un simple juego de palabras: mientras en el *Werkvertrag* se debe una obra (*Werk*), la deuda en el *Dienstvertrag* consiste en un obrar (*Wirken*) (244).

(241) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches ...*, §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], esp. 506-507.

(242) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, II, §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], esp. 309-342.

(243) Sobre el concepto de *Erfolg* como contenido de la obligación y, en especial, su utilidad para distinguir entre *Dienstvertrag* y *Werkvertrag*, vid. Kerstin TILLMANN, *Strukturfragen des Dienstvertrages. Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag* (Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2007), cap. I. § 2, 10-84, esp. 13-43.

(244) Otto von GIERKE (1841-1921), *Deutsches Privatrecht von ... III. Schuldrecht (in Karl BINDING, Systematisches Handbuch des deutschen Rechtswissenschaft ... Herausgegeben von ... II.3.3)* (München-Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1917), § 199.I, 590-593, esp. 591-593: "Dadurch unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Werkvertrag, bei dem sich die Verpflichtung dessen, der Arbeit gegen Engelt leisten soll, auf ein bestimmtes Arbeitsergebnis, einen objektiven Leistungserfolg, ein gegenüber der arbeitenden Persönlichkeit verselbständigtes 'Werk' richtet. Der Dienstverpflichtete schuldet ein 'Wirken', aber kein 'Werk'. Die Unterscheidung zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag bietet im einzelnen Falle mancherlei Schwierigkeiten. Sie ist aber nicht nur geschichtlich begründet, sondern in ihrer typischen Ausgestaltung der Ausdruck eines tief liegenden

Evidentemente, el valor de esta distinción radica en su sencillez y claridad conceptual. Pero, la realidad social es terca y, a veces, su aplicación en determinados supuestos es difícil y complicada. Sin embargo, uno de sus efectos más notables es la distintiva configuración de la denuncia del contrato: a diferencia del contrato de servicios en que la denuncia es amplia y se concede a ambas partes (245), en el contrato de obra sólo puede denunciar el comitente –el contratista no tiene concedido un derecho semejante– y en condiciones muy estrictas (§ 649 BGB) (246). En base a esta diferencia, los juristas alemanes tienden en caso de duda a interpretar el negocio como contrato de servicios y, sobre todo, cuando son servicios de alto valor (247). También es interesante la distinción entre contrato de obra y compraventa respecto la garantía por vicios ocultos de la cosa porque, a diferencia de la compraventa, en el contrato de obra se autoriza la reparación del vicio. Y respecto a la tradicional interferencia del mandato, ya no había pie a ninguna confusión desde el momento que el BGB plantó la barrera u obstáculo de la gratitud como esencia del mandato (cfr. § 662 BGB y § 675 BGB)(248).

Gegensatzes der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung. Die Funktion des Dienstvertrages besteht in der Organisation der Arbeit durch ihre Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze, während der Werkvertrag eines der Mittel ist, um die selbständige Unternehmerarbeit für Dritte nutzbar zu machen."

(245) *Vid. supra* nota 232.

(246) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 631-651, 119-122, esp. 122, § 649: "Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller, so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.". = *Code civil allemand ...*, II, 179, § 649: "L'auteur de la commande peut, jusqu'à l'achèvement de l'ouvrage, dénoncer le contrat à toute époque. Lorsque l'auteur de la commande dénonce, l'entrepreneur est en droit d'exiger la rémunération convenue; toutefois il doit nécessairement laisser déduire ce qu'il a économisé en fait d'impenses par suite de la révocation du contrat, ou ce qu'il a gagné par un emploi différent de son travail, ou ce que par mauvaise volonté il a omis d'acquérir."

(247) ENDEMANN (1825-1899), "*Die rechtliche Behandlung der Arbeit ...*", 701.

(248) *Vid. supra* nota 225.

Respecto a la ya varias veces estudiada cuestión de si el suministro de materiales por parte del contratista transformaba o no el contrato de obra en compraventa, el BGB también aporta novedades en el § 651 BGB (249). Como se recordará, las fuentes estudiadas más arriba concordaban en considerar que, salvo la excepción del constructor, se producía dicha transformación (Hessen, § 231; Zürich, § 1574; Bayern, *Motiven*; Sachsen, § 1244; Dresden, § 635) (250) y, en cambio, el § 352 del *Schweizerisches Obligationenrecht* rompía a su manera con esta tradición: por un lado, rechazaba la transformación y, por otro, determinaba la aplicación de las reglas de la compraventa para dilucidar la responsabilidad del contratista por los vicios que pudieran afectar a los materiales por él aportados (251). Como lo demuestra esta “nueva” orientación suiza, esta cuestión no sólo tenía interés teórico sino que también estaba vinculada a significativas consecuencias prácticas, en especial porque la regulación de los vicios ocultos y las conexas pretensiones procesales no son idénticas.

(249) *Bürgerliches Gesetzbuch für Deutsche Reich ...*, §§ 631-651, 119-122, esp. 122, §. 651: “(1) Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Absatz. 1 Satz 1, und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648. (2) Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschliesslich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.”. = *Code civil allemand ...*, II, 180-182, § 651: “(1) Lorsque l’entrepreneur s’oblige à confectionner l’ouvrage au moyen d’une matière dont la préparation lui incombe, il est tenu d’abandonner la chose confectionnée à l’auteur de la commande et de lui procurer la propriété sur la chose. Pareil contrat est soumis aux dispositions concernant la vente; lorsqu’il s’agit de la confection d’un chose non fongible, les dispositions concernant le contrat d’ouvrage, à l’exception des articles 647, 648, remplacent l’article 433, l’article 446 al. 1 pr. 1 [2, *corr.*] et les articles 447, 459, 460, 462, 464, 477 à 479. (2) Lorsque l’entrepreneur s’oblige seulement à préparer la fourniture de matériaux ou d’autres choses accessoires, sont applicables exclusivement les dispositions concernant le contrat d’ouvrage.”

(250) *Vid. supra* respectivamente notas 187, 188, 189, 190 y 191.

(251) *Vid. supra* nota 208.

A la vista de estos antecedentes, el primer Proyecto del BGB aceptó la interpretación tradicional según la cual se producía la ya citada transformación en compraventa pero dejaba libertad a las partes para que, en la medida que les pareciera, pudieran someterse a las reglas del contrato de obra (252). Pero, este mismo problema dió lugar a un amplio debate en la segunda Comisión. En ella, se presentaron varias proposiciones que sólo concordaban en un punto: la cuestión no se podía resolver declarando simplemente aplicables las reglas de la compraventa. Después de resolver los disensos internos, la segunda Comisión alcanzó algunas conclusiones llamadas a convertirse en ley (§ 651 BGB) (253). Dichas conclusiones eran dos principios. En primer lugar, cuando el contratista suministraba los materiales, el contrato se transformaba en compraventa pero, en su aplicación, debía distinguirse entre dos supuestos: si el material entregado era una cosa fungible, se debían aplicar sin modificación todas las reglas de la compraventa y, si el material suministrado era una cosa no fungible, serían válidas las reglas de la compraventa pero con la restricción que, si el contrato de obra disponía de reglas derogatorias de las de la compraventa, se aplicarían éstas últimas antes que las de la compraventa. En segundo lugar, cuando los materiales eran suministrados por ambas partes, también se distinguía entre dos supuestos: si el contratista sólo aportaba cosas accesorias, se consideraba un contrato de obra y, si ambas partes suministraban materiales y colaboraban de tal modo que ninguna aportación se podía considerar como accesorio, debía ser tratado como un contrato de obra (254).

4. CONCLUSIONES PROVISIONALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Después de este largo y plurisecular recorrido histórico, es posible entresacar algunas conclusiones. Nos ceñimos a las principales.

(252) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches ...*, §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], esp. 474-478.

(253) *Vid. supra* nota 249.

(254) *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung ...*, II, §§ 567-579 [= §§ 631-651 BGB], esp. 337-342.

En primer lugar, el Derecho romano conoció la distinción entre servicio y obra pero la despreció conscientemente en beneficio de la unidad del tipo de la *locatio conductio* y, en segundo lugar, la tradición jurídica romanista presenta un panorama más diversificado que concluyó con la formación de la tripartición locativa. En dicho proceso, hemos visto desfilar dos paradigmas sistemáticos distintos (bipartición y tripartición) separados por una gran frontera: mientras el paradigma históricamente dominante (bipartición) defendió la unidad institucional de la *locatio conductio*, el paradigma dogmáticamente triunfante (tripartición) planteó radicalmente la existencia de tres contratos distintos. Sin embargo, el estudio detallado de la bipartición ha permitido apreciar como, al mismo tiempo que se afirmaba la unidad institucional y sin considerarlo una contradicción, se fue admitiendo cierta diferenciación interna de subtipos locativos que, con el paso del tiempo, fueron abriendo paso a la idea de la tripartición. En esta diferenciación interna, hemos detectado la existencia de tres configuraciones distintas: bipartición (explícita) pero que, en el fondo, era una tripartición (implícita), bipartición cujacia-na y bipartición subdividida. Mientras las dos primeras se construyeron a partir de resolver de forma distinta el problema planteado por la anómala denominación de las partes contratantes en la *locatio conductio operis*, la más importante fue, sin duda, la última porque aportó el criterio (objeto de la obligación) que habría de preparar el terreno para la aparición de la tripartición.

Sin necesidad de pormenorizar otra vez los mojones del camino ya andado, debemos recordar que la aportación más significativa de este trayecto histórico ha sido desvelar la influencia sistemática ejercida por cada uno de estos paradigmas en las principales codificaciones civiles europeas. Sin embargo, en esta danza de influencias, se han podido ver algunos detalles que abren nuevas perspectivas e indican la dirección por dónde deben continuar nuestras pesquisas.

Si nos atendemos a los dos principales Códigos civiles europeos (francés y alemán), salta a la vista la enorme diferencia sistemática entre ellos. Pero, al mismo tiempo, el jurista no puede evitar cierta admiración por la claridad y sencillez conceptual de la distinción, establecida por el Código civil alemán, entre contrato de servicios y contrato de obra. Los juristas alemanes disponen de una guía para orientarse y distinguir en un ámbito jurídico especialmente enreve-

sado. Y, en cambio, como el Código civil francés carece de un instrumento conceptual semejante, la jurisprudencia gala cubrió esta laguna ingeniando una distinción equivalente (obligaciones de medios *versus* obligaciones de resultados) que merece y exige atención y estudio por un simple motivo: habida cuenta de las respectivas y múltiples influencias de estos Códigos civiles francés y alemán en otros Derechos civiles europeos, es necesario aclarar su valor, significado e importancia si –como es nuestra intención futura– se pretende abordar luego y en condiciones el contenido del *Marco Común de Referencia*.

LA ESTADÍSTICA CONTRACTUAL NOTARIAL DE 1931 A 1945 (1)

Juan Carlos Martínez Ortega

Doctor en Derecho

Abogado

INTRODUCCIÓN

Nuestros libros de historia están repletos de grandes figuras relevantes de la Estadística del siglo XIX. Pero es innegable que han existido muchos profesionales que han contribuido al establecimiento de la Estadística a nivel general y como disciplina separada de las Universidades españolas.

Generalmente, se omite entre tales profesionales que coadyuvaban al establecimiento y fortalecimiento en la estadística a los Notarios, una figura de profundo arraigo histórico, de alta cualificación jurídica y prestigio social.

Gracias a la conservación de los protocolos notariales que, nos transportan al siglo XII, tenemos un testimonio vivo de las operaciones jurídicas extrajudiciales de las personas durante siglos, de sus inquietudes plasmadas en testamentos, de las transacciones económicas, de los compromisos adquiridos, etcétera. En suma, constituyen una visión real de cómo era la vida de nuestros antepasados.

Todos esos datos no empezaron a documentarse estadísticamente hasta primeros del siglo XX, lo que supuso un notable avance para realizar evaluaciones certeras de la situación contractual económica

(1) El presente artículo forma parte de la ponencia dada por su autor en el VIII Congreso Internacional de Historia de la Estadística y de la Probabilidad, organizado por la Asociación de Historia de la Estadística y de la Probabilidad de España (AHEPE) y celebrado en San Lorenzo de El Escorial, los días 1 al 3 de octubre de 2015. El título de la ponencia fue el de "Estadística contractual española 1931-1945".

de nuestro país, así como para delimitar la demarcación notarial y la ampliación o no de las Notarías en todo el territorio nacional. (2)

El presente artículo trata de descubrir al lector cómo la institución notarial fue pionera en la *Estadística contractual* en nuestro país, de cuya trascendencia hay huella palpable, debidamente documentada que los historiadores estadísticos no pueden omitir, pues no existe otra base de datos tan contrastada y veraz en esta materia al ser exclusiva del Notariado.

GONZALO DE LAS CASAS: EL PADRE DE LA ESTADÍSTICA NOTARIAL

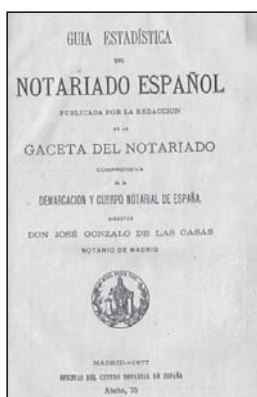


Sin duda alguna, uno de los más prestigiosos Notarios del siglo XIX fue José Gonzalo de las Casas y Quijano, conocido por su primer apellido compuesto, Gonzalo de las Casas. Nació en las Casas de Ciempozuelos (Madrid), el 21 de enero de 1826, hijo de Tiburcio Gonzalo de las Casas, empleado de la Administración de la Real Acequia del Jarama, y de Juana Quijano. Este ilustre Notario, podemos afirmar que fue el precursor o padre de la Estadística contractual notarial, quien utilizó, por primera vez, en sus escritos la expresión *Estadística contractual*.

Estudió Gonzalo de las Casas la Carrera del Notariado en la Escuela de Madrid, destacándose rápidamente por sus trabajos y publicaciones, así como por sus continuas colaboraciones jurídicas. Podemos destacar la fundación y dirección del *Boletín Semanario del Notariado* en 1852, al que siguió la *Gaceta del Notariado Español*, que perduró hasta el año 1934. Fundó también la Biblioteca del Notariado y, finalmente, debemos destacar la monumental obra realizada entre los años 1853 y 1857 del *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*, dividido en diez tomos, con 5.063 páginas. Por dos veces fue Decano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid.

Precisamente, en la citada Gaceta del Notariado se publicó en el año 1877, la primera *Guía Estadística del Notariado Español*, donde Gonzalo de las Casas dibujaba o mostraba la pauta a seguir por la institución notarial en materia estadística, cuya ciencia estaba

(2) Art. 72 y siguientes del Reglamento Notarial.



emergiendo en la sociedad de aquella época. De hecho, afirmó al respecto: *"El mejor medio de estudiar el estado de las Naciones y de las cosas que se relacionan con la buena organización social, es la Estadística. -La Estadística que todo lo abarca, que todo lo descompone, que todo lo aprecia, es, puede decirse, la ciencia madre que demuestra á los Legisladores y á los Gobiernos la situación presente, la historia del pasado y la conveniencia de las medidas y las Leyes que deben dictarse para el porvenir con arreglo al estado moral y social que nos presenta".* (3)

En esta obra, Gonzalo de las Casas remachó que para poder organizar al cuerpo notarial, saber cuántas notarias precisaba el Estado para que los Notarios tuviesen un digno sustento, la vía adecuada para hacerlo era *"la formación de la Estadística contractual"*, y para eso, en dicho libro, ensayó un modelo de estudio del protocolo de su propia notaría radicante en Madrid.

Tal experimento consistía en consignar el número de contratos autorizados en la Notaría, así como sus clases y la importancia de la riqueza que originasen los mismos. Dichos datos también serían de valor respecto al Tesoro público, así como el papel sellado invertido y los derechos percibidos por el Estado.

La iniciativa de Gonzalo de las Casas en el aspecto estadístico fue desarrollándose con el tiempo y justamente, con el cambio al siglo xx, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los Anuarios que empezó a publicar, incluyó desde el año 1905, una incipiente Estadística nacional de la contratación que se realizaba en las Notarías de España. El primer tomo se ocupaba de los años 1900 a 1904, y de forma sencilla daba información únicamente del número de instrumentos públicos autorizados por cada Notario y del número total de folios utilizados.

Esta información se fue ampliando con los años a todos los diferentes tipos de contratos intervenidos por los fedatarios públicos,

(3) GONZALO DE LAS CASAS, J. *Guía Estadística del Notariado Español*. Publicada por la Gaceta del Notariado. Madrid, 1877.

dividiéndose en trece secciones o epígrafes con distinta información, cuyo esquema ha perdurado hasta hace poco tiempo. Estos epígrafes, dibujados en tablas, marcaban las siguientes materias:

1. Actos referentes al estado civil.
2. Actos de última voluntad.
3. Contratos por razón de matrimonio.
4. Contratos en general.
5. Manifestaciones y particiones de herencia.
6. Constitución, modificación y disolución de Sociedades civiles y mercantiles.
7. Préstamos y reconocimiento de deudas simples, pignorativas o hipotecarias.
8. Cartas de pago y extinción de obligaciones.
9. Poderes de todas clases.
10. Protestos de documentos de giro.
11. Actas en general.
12. Número total de instrumentos autorizados durante el año.
13. Número total de folios que comprenden.

Toda la información se recababa a través de la confección mensual que realizaban los Notarios y, que subsiste hoy, aunque tales informaciones han sido notablemente ampliadas en un Índice Único con una exhaustiva y variable lista de datos que reciben las Administraciones públicas. Estos índices antes y ahora se remiten a los respectivos Colegios Notariales existentes en España. (4)

El contenido de dicha Estadística reflejado en los citados Anuarios, así como la forma, estructura y las Resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado no sufrieron cambio alguno durante muchos años, hasta la implantación de altos sistemas informáticos.

(4) La obligación de remitir los Índices data de 1862, cuando se promulgó la Ley del Notariado, los cuales hasta la reciente era informática había que cumplimentarlo por el personal de la Notaría a mano. Esos índices que contenían, como alude el art. 33 de la Ley del Notariado, una reseña de cada instrumento, el nombre de los otorgantes, de los testigos, la fecha de otorgamiento y el objeto del acto o contrato, se protocolizan con el último tomo anual del protocolo general que contiene las escrituras.

Es digno de enfatizar que, durante el periodo bélico de 1936 a 1939, al que haremos alusión seguidamente, no se publicaron los citados Anuarios y, por tanto, ninguna Estadística, aunque los datos sí existían, ya que se seguían remitiendo los índices mensualmente por cada Notario. Por este motivo, la estadística de esos cuatro años se publicó tras la guerra en el año 1944, en un solo tomo.

Hoy, el Notariado español dispone de una herramienta informática de gran nivel, mediante su Centro de Información Estadística del Notariado, que desmenuza cada cifra y cada dato contractual realizado en nuestro país. En la página web: www.notariado.org se puede investigar la tremenda actividad que los cerca de tres mil notarios realizan cada año en nuestro país.

No en vano, como recientemente ha manifestado el Presidente del Consejo General del Notariado, José Manuel GARCÍA COLLANTES *"Por nuestros despachos desfila la vida privada de las personas con sus momentos de alegría y tristeza, de gozo y preocupación. De ahí que en nuestros documentos quede recogida la historia personal de cada uno de los ciudadanos y, al final, de España entera"*(5).

QUINCE AÑOS DE CONVULSIÓN DE LA HISTORIA ESPAÑOLA (1932-1945)

Antes de interpretar la Estadística notarial y contractual de este periodo, es preciso, hacer una somera introducción a unos años convulsos de nuestra historia, pues cada cifra y dato reflejado en los índices notariales supone una fotografía de la realidad histórica de aquéllos años.

A comienzos de la década de los treinta, por el Consejo Superior del Notariado se estableció la edad de jubilación de los Notarios a los 75 años, ya que anteriormente el cargo era vitalicio, existiendo casos de algunos fedatarios públicos que rondaban los noventa años, donde el servicio, lógicamente, carecía del rigor exigido. El ingreso en el cuerpo se fijó en los veintitrés años.

En este periodo, por Decreto de 29 de abril de 1931, se declaró de forma contundente y explícita la admisión de las mujeres en las

(5) GARCÍA COLLANTES, J. M. "Vuestros compañeros de viaje". Escritura Pública. Núm. 94. Julio-agosto de 2015. P. 7.

oposiciones a Registros y Notarías, acceso denegado hasta la fecha y cuyos cuerpos de profesionales, estaban constituidos únicamente por varones.

Como sostienen GARCÍA DE CORTÁZAR y MARTÍN DE LA GUARDÍA: "*Durante la Guerra Civil los notarios fueron identificados por las fuerzas revolucionarias como los celosos guardianes del sistema capitalista, en su calidad de legitimadores a través de los actos jurídicos, y, por tanto, una clase especialmente odiosa que debía desaparecer*". (6) Tal pensamiento, de los más radicales y antisistema no encuentran justificación alguna. El Notario, de entonces y de ahora, ejerce un ministerio público de servicio a los ciudadanos, limitándose su actuación a la prestación de asesoramiento jurídico legal, no implicándose en la actuación política de turno, ni tomando partido ideológico o de otro tipo, exigiéndosele plena imparcialidad. (7) Por tanto, la función pública notarial depara para la sociedad estabilidad, seguridad jurídica y paz, al documentar las operaciones jurídicas de las personas, velando por sus legítimos intereses personales y patrimoniales, lo que no obsta, para que ayer y hoy, algunos Notarios no estén a la altura de su importante cargo funcional.

En los años treinta, los notarios no fueron una excepción al sufrimiento y persecución. De hecho, en distintas regiones fueron asesinados numerosos notarios (8), algunos por tratar de custodiar parte de la historia de España contenida en los protocolos notariales (9).

(6) GARCÍA DE CORTÁZAR, F., y MARTÍN DE LA GUARDIA, R., *Comparece: España*. Espasa. Madrid, 2012. P. 266.

(7) No en vano, como determina el art. 348, letra i) se considera infracción muy grave "Toda actuación profesional que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

(8) Durante la contienda, la Comisión de Justicia se vio obligada a publicar en el BOE el 7 de noviembre de 1936 que las notarías, demarcadas en el territorio tomado por las fuerzas franquistas y pertenecientes a colegios cuya capital estuviera en poder la República, quedaran incorporadas transitoriamente al colegio más cercano. El Notario de Madrid, Rodrigo Molina Pérez, fue asesinado a tiros en su despacho, en pleno ejercicio de su trabajo profesional, por un Teniente Coronel del Ejército. NAGORE YÁRNOZ, J. J., *Historia del Ilre. Colegio Notarial de Pamplona*. Pamplona, 1997. P. 141.

(9) NAGORE YÁRNOZ, nos relata como en Seo de Urgel, Salvador Galindo y López, fue asesinado por marxistas entre los días 10 y 11 de octubre de

Otros, como es el caso del Notario de Madrid, José Luis Díez Pastor, que en agosto de 1936 aceptó el cargo de Director General de los Registros y del Notariado, hasta el año 1939, en el que pasó a Francia, se encontró a su vuelta a Madrid que por Orden ministerial de 26 de julio de 1939, dictada sin previo expediente ni audiencia del interesado, separado del servicio y dado de baja en el Escalafón notarial, teniendo que esperar a ser readmitido en el cuerpo en febrero de 1944, a través de un expediente que reconoció la injusticia padecida con él. (10)

El 14 de abril de 1931 vio la luz la II República Española, que como escribió Antonio Machado "Con las primeras hojas de los chopos y las últimas de los almendros, la primavera traía nuestra República de la mano", reinando un alborozo generalizado en la población, en sus plazas y rincones, pese a lo cual la II República nació frágil, y el desencanto pronto se vislumbró en los hombres y mujeres de aquella época.

Este periodo democrático se desarrolló entre constantes desórdenes y alteraciones de la Constitución republicana de 1931, que vio suspendidas sus garantías en muchas ocasiones, reinando un ambiente de huelgas, motines e intentos de sublevación contra los sucesivos gobiernos republicanos de Azaña, Lerroux y Martínez Barrios.

Las más de mil Notarías existentes en los años treinta en España, constituían un núcleo público donde se redactaban miles de documentos de los que antes hemos hecho mención, que estaban integradas por el Notario y un conjunto de empleados del mismo. Por tal motivo, por Orden de 1 de diciembre de 1933, se comunicaba la renuncia del Ministerio de Trabajo a favor del Ministerio de Justicia para entender las relaciones laborales de los empleados de Notarías. Destacando la naturaleza del trabajo de los empleados de Notarías, la citada Orden expresó *"No precisa hacer hincapié en la peculiaridad y delicadeza de la función de Notarías, siendo cierto que si bien al tenor de lo expuesto ya en anteriores comunicaciones de este Ministerio, la responsabilidad de la función incumbe personal y exclusivamente al Notario, es imposible separar totalmente de*

1937, narrando que "se le mató por su condición de notario y por defender los protocolos encomendados a su custodia". *Op. cit.* P. 146.

(10) PÉREZ SANZ, A. "José Luis Díez Pastor". *El Notario de El Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio 2001.

aquella a los Auxiliares y amanuenses de Notarías, a quienes cabe lógicamente exigir condiciones especiales de disciplina, fidelidad y reserva que distinguen profundamente su profesión de las demás Auxiliares de Oficinas y Despachos”.

Entre estos empleados de Notaría podemos destacar al insigne poeta Miguel HERNÁNDEZ (11), que el año 1933 trabajó como copista de las escrituras matrices utilizando una máquina de escribir en dos Notarías de su pueblo natal Orihuela. HERNÁNDEZ fue otra de las víctimas de la guerra y la dictadura de Franco, y otro activo cultural español perdido para las futuras generaciones. (12)

Para el régimen franquista el Notario constituía una figura muy relevante, aureolada de gran dignidad, que fortalecía los principios de seguridad, orden y tradición le convertían en un colaborador necesario para el establecimiento de la paz social buscada después de la contienda.

Al poco de terminar la guerra, en la reunión de junio de 1940, se abordó cómo modernizar el Notariado, y entre las medidas adoptadas estuvo conservar la notaría en todas las cabezas de partido judicial o autorizar el uso de la máquina de escribir para elaborar escrituras matrices. (13)

Por Decreto de 2 de junio de 1944, se aprobó el vigente Reglamento Notarial, que tenía unas mínimas diferencias con respecto a su antecesor de la República de 1935. Aunque, claro está, el artículo 6º del nuevo Reglamento negaba otra vez a las mujeres la posibilidad de ingresar en el cuerpo de Notarios, hubo que esperar hasta el año 1944, cuando Margarita BAUDÍN ganó la oposición y tomó posesión ese mismo año: *“Después de la guerra se decidió que las mujeres no podíamos ser notarios, ni registradores, ni jueces, entre otras profesiones”*, aunque se concedieran tres convocatorias para poder presentarse. Como recuerda esta Notaria, en 1942 aprobó Consuelo MENDIZÁBAL y en 1947, Carolina BONO. (14)

(11) FERRIS, J. L.; *Miguel Hernández, Pasiones, cárcel y muerte de un poeta*. Madrid. Temas de hoy. 2002. P. 22.

(12) MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., “Miguel Hernández ... empleado de Notaría”. *El Eco Hernandiano*. Fundación cultural Miguel Hernández. Núm. 14. 2007. Pp. 14-17.

(13) GIMÉNEZ ARNAU, E. *Introducción al Derecho Notarial*. 1944. Pp. 169-174.

(14) El Notario de El Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de

ESTADÍSTICA CONTRACTUAL NOTARIAL ESPAÑOLA DE 1931 A 1945

Algunos autores han afirmado que la Guerra civil española supuso un retroceso económico de más de veinte años, sin entrar a valorar, en este momento, el retraso social y democrático que ello deparó para las generaciones venideras, amén del aislamiento internacional que perduraría durante muchas décadas.

En aquellos años el Notariado español contaba con quince Colegios Notariales, que aglutinaban a los mil y pico notarios existentes y distribuidos por todo el territorio nacional.

Esos Colegios Notariales se ocupaban de toda la actuación y vida corporativa de los Notarios con demarcación en su territorio, comprendiendo diversas provincias, recabando los resúmenes estadísticos que recibían mensualmente de cada Notario a través de los índices que se confeccionaban manualmente por el personal de la notaría.

Los citados Colegios eran los que enumeramos a continuación reseñando las provincias que tenían a su cargo, que difieren de los existentes en la actualidad:

- Albacete (Albacete, Ciudad Real, Cuenca y Murcia).
- Baleares (Palma).
- Barcelona (Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona).
- Burgos (Álava, Burgos, Logroño, Santander, Soria y Vizcaya).
- Cáceres (Badajoz y Cáceres).
- La Coruña (La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra).
- Granada (Almería, Granada, Jaén y Málaga).
- Las Palmas (Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife).
- Madrid (Ávila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo).
- Oviedo (Oviedo).
- Pamplona (Guipúzcoa y Navarra).
- Sevilla (Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla).
- Valencia (Alicante, Castellón y Valencia).

Madrid, núm. 41, enero-febrero de 2012. Afortunadamente en este año 2015, de los cerca de 3000 Notarios existentes en España, el 29 % de los mismos son mujeres, y el 71 % restante hombres, aunque en las últimas promociones los porcentajes están más próximos

- Valladolid (León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora)
- Zaragoza (Huesca, Teruel y Zaragoza).

Excede de este artículo la estadística particular y concreta de cada provincia, extremo perfectamente posible para los que deseen profundizar en este tema. Hemos tratado de buscar una estadística general en el ámbito nacional y no centrarnos en los territorios de influencia de los dos bandos contendientes. Aunque sí podemos afirmar que, los territorios que especialmente vieron mermada su actividad comercial y contractual fueron los comprendidos en los Colegios de Madrid y Barcelona, existiendo otros territorios que salieron mejor parados como los pertenecientes a los Colegios de Sevilla y Burgos.

La Estadística de los años 1931 a 1936, evidencian una actividad global marcada por la esperanza en los nuevos tiempos, el temor a una conflagración atroz y constantes motines y huelgas, lo que impidió un gran crecimiento y desarrollo económico. Los números de los primeros años fueron decayendo año tras año. Por ello, en el año 1931 se autorizaron 1.017.829 instrumentos públicos, en los años centrales de la guerra: 1937 y 1938, la expresada cifra cayó hasta 235.447 y 241.896 escrituras (más del 75 % de disminución).

En este periodo la contratación inmobiliaria se mantuvo durante los dos primeros años (190.869 y 190.203 escrituras de compraventa), disminuyendo en los años siguientes, llegando al año fatídico de la guerra (1936) a la cifra de 88.639 escrituras de compraventa (-46 %).

Paralelamente a este dato, podemos destacar la carencia de crédito a las empresas y familias, pasando de las 32.008 escrituras de préstamo del año 1931 a poco más de 3.000 escrituras en los años 1937 y 1938.

En cuanto a la estadística relativa a otros tipos de documentos notariales manifiestan un comportamiento similar de continua disminución. (15)

(15) Los Anuarios de los años 1936 y 1937, algunos de los datos de algunas Notarías de Teruel y Huesca no se aportaron. Como dice el anuario de estos años "A consecuencia de las anormales circunstancias no se han recibido los datos referentes a estas Notarías". Por su parte, en el año 1938 no se reflejaron los datos del Colegio de Baleares.

Después de más de setenta años, la lectura que podemos hacer de la estadística contractual notarial de los años de la Guerra (1936 a 1939), como es lógico suponer, es tremendamente negativa. Si en el año 1936 se firmaron 88.639 escrituras de compraventa y 14.350 de préstamo, en el año siguiente 1937, donde los datos fueron mucho peores, se autorizaron únicamente 31.346 y 3.091 escrituras de compraventa y préstamo, respectivamente. En este año la guerra se cebó, como decíamos, con Barcelona, Madrid y Valencia.

También, es palpable que la España de los años treinta era principalmente rural, pues la estadística marca poca creación de empresas y actividad mercantil. Así en el año 1931 sólo se crearon o intervinieron 2.665 escrituras de constitución de empresas o de disolución, suma que tuvo poco crecimiento en los años siguientes.

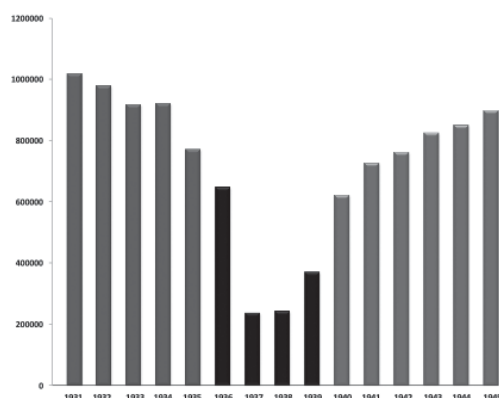
En la primera etapa de la Dictadura, la Estadística contractual reflejaba un leve y continuo crecimiento en las escrituras autorizadas por los Notarios, donde pasada la contienda bélica, se abrieron nuevos horizontes para los ganadores que se tradujo, poco a poco, en volver a una actividad casi normal.

Es innegable que pese a los cambios de sistema político, de la guerra y posguerra, y de la dictadura, la gente común que va a las Notarías hasta en los peores momentos, acude a hacer su testamento (95.499 en 1931, 36.659 en 1937 y 116.644 en 1945), o a firmar capitulaciones matrimoniales o poderes, lo que pone de relieve que, las personas, contraen matrimonio, se emancipan, se endeudan, compran y venden inmuebles, como si lo que sucediese a su alrededor no le afectase en modo alguno. Posiblemente sea inherentemente al ser humano, un espíritu de sobrevivencia y olvido del pasado trágico.

Como podía esperarse, una vez terminada la guerra se intensificaron las escrituras de herencias, pasando de realizarse 23.789 escrituras particionales de herencia en el año 1936 a 36.702 en el año 1940 (+ 35 %), lo que indica las graves secuelas y muertes derivadas de la guerra.

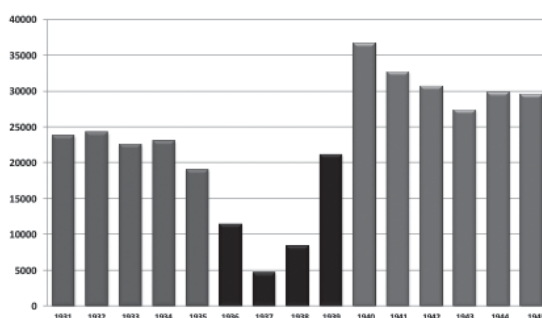
A continuación, exponemos dos gráficos que ponen de relieve la estadística notarial en dos aspectos.

NÚMERO DE ESCRITURAS PÚBLICAS AUTORIZADAS DE 1931 A 1945



Es fácilmente verificable los años negros de la dictadura, donde la intervención notarial en todos los territorios de nuestro país y en todos los diferentes tipos de documentos sufrió una merma extraordinaria, evidenciando igualmente, que los primeros años de la Dictadura en cuanto a los números totales tendrían que esperar muchos años hasta igualarse a los primeros años de la II República, que como hemos manifestado estuvieron marcados por gran desorden social y político.

NÚMERO DE MANIFESTACIONES Y PARTICIONES DE HERENCIAS (1931-1945)



Como era lógico suponer, tras una conflagración bélica, las bajas en vidas humanas es evidente. La estadística notarial que figura arriba indica claramente que en la posguerra la formalización de escrituras de herencia experimentó un notorio crecimiento, existiendo muchas más escrituras de herencia que en cualquier año de la Re-

pública, manteniéndose en niveles muy superiores a los conocidos anteriormente.

Respecto a las escrituras de compraventa, podemos afirmar que durante los años de la República hubo una regular y constante estadística respecto a las compraventas y contratos autorizados en las Notarías españolas. No existe un gran crecimiento, como si en el aire existiese dudas sobre la implantación de dicho sistema político.

Naturalmente, durante los cuatro años que duró la guerra, sobre todo en 1937, la caída fue importantísima (-31.346 escrituras).

Por el contrario, durante los primeros años del régimen franquista se experimentó desde 1940, un notable crecimiento que se mantuvo por encima de todo el periodo republicano.

CONCLUSIONES

La Estadística notarial española tiene un campo propio, único y exclusivo de toda la actividad contractual, que la historia y los estudiosos de la estadística deben reconocer y apreciar. No existe otra base de datos fidedigna que la que arrojan los Anuarios de la Dirección General de los Registros y del Notariado desde el año 1905. Allí, podemos verificar, pormenorizadamente, la intervención de los Notarios de cada rincón de nuestro país en el otorgamiento de todo tipo de escrituras públicas, desde préstamos, contratos o testamentos.

Podemos afirmar, con gran orgullo, que el padre de la Estadística contractual notarial fue José Gonzalo de las Casas y Quijano, que allá por el año 1877, publicó una obra titulada "*Guía Estadística*", donde por primera vez, dibujó cómo y por qué debía realizarse una estadística de toda la actuación notarial, marcando el rumbo a seguir para las futuras generaciones de Notarios.

Hemos realizado un trabajo de investigación de quince años (1936-1945), con miles de datos extraídos de los citados Anuarios, que contienen la actividad de los respectivos Colegios Notariales existentes en dicho periodo. La elección de dichos años no ha sido casual, queríamos mostrar al lector las variables que un país experimenta en su estadística contractual en tiempos convulsos, como fue nuestra Guerra civil.

Por último, este trabajo lo he realizado en homenaje al Notariado, una profesión histórica, comprometida con la sociedad, al servicio de la paz, la seguridad jurídica y la fe pública.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRIS, J. L.: Miguel Hernández, Pasiones, cárcel y muerte de un poeta. Madrid. Temas de hoy. 2002. P. 22.
- GARCÍA COLLANTES, J. M.: "Vuestros compañeros de viaje". *Escritura Pública*. Núm. 94. Julio-agosto de 2015. P. 7.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, F., y MARTÍN DE LA GUARDÍA, R.: "Comparece: España". Espasa. Madrid, 2012. P. 266.
- GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Introducción al Derecho Notarial*. 1944. Pp. 169-174.
- GONZALO DE LAS CASAS, J.: Guía Estadística del Notariado Español. Publicada por la *Gaceta del Notariado*. Madrid, 1877.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C.: "Miguel Hernández ... empleado de Notaría". *El Eco hernandiano*. Fundación cultural Miguel Hernández. Núm. 14. 2007. Pp. 14-17.
- NAGORE YÁRNOZ, J. J.: *Historia del Ilre. Colegio Notarial de Pamplona*. Pamplona, 1997.
- OTERO Y VALENTÍN, J.: Sistema de la función notarial. Artes Gráficas. Igualada (Barcelona). 1933.
- PÉREZ SANZ, A.: "José Luis Díez Pastor". *El Notario de El Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio 2001.

EXPEDIENTE NOTARIAL DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. I.- FAMILIA: A) MATRIMONIO.- ACTA Y ESCRITURA. MARIAGE CHEZ LE NOTAIRE

Antonio Ripoll Jaen
Notario

Resumen: La Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, incide en el régimen jurídico del matrimonio mediante la modificación del Código Civil Español, Ley del Registro Civil y Ley del Notariado; es una de las novedades más señaladas la desjudicialización del matrimonio en su constitución, incorporándose otros operadores jurídicos, entre los que destaca el Notariado a quien especialmente se dirige este trabajo que aborda el expediente-acta y la escritura matrimonial autorizados por el Notario. Constituye un estudio del procedimiento sin soslayar los problemas sustantivos que en él subyacen, ofreciendo además orientación para la praxis notarial –extensible a otros operadores jurídicos– ante la novedad que supone esta ley, bien recibida por la sociedad.

Palabras clave: Matrimonio, expediente, Notarial, acta, escritura.

Summary: Law 15/2015 of July 2, of Voluntary Jurisdiction, affects the legal status of marriage by modifying the Spanish Civil Code, Law of Civil Registry and Notary Law; It is one of the most marked developments outjudge of marriage in its constitution, joining other legal operators, among which the notary to whom this work especially addressing the record-marital act and deed authorized by the Notary heads. It is a study of the procedure without ignoring the substantive issues behind him, besides providing guidance for the notarial practice -extensible other operators legal- to the novelty of this law, praised by society.

Keywords: Marriage, record, Notary, certificate, deed.

SUMARIO

- I. NORMAS COMUNES A TODOS LOS EXPEDIENTES NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA
- II. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL NOTARIAL: ACTA DE NOTORIEDAD. GENERALIDADES
- III. PRESUPUESTOS, DILIGENCIAS Y JUICIO O CALIFICACIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD
- IV. EL PERIODO INTERMEDIO: TIEMPO DE LA INFORMÁTICA Y DE LA TRADICIÓN
- V. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO: ESCRITURA CONSTITUTIVA
- VI. EL PERIODO FINAL
- VII. FAVOR MATRIMONII
- VIII. DERECHO TRANSITORIO: CUM ROMA LOQUIT TACET.- ANEXOS: ACTAS Y ESCRITURA

“En un pasaje de las Económicas (capítulo 7.º) JENOFONTE nos muestra brillantemente por boca de ISOMACO, el ideal a que la comunidad entre esposos responde: “Dime, mujer mía, ¿empiezas a comprender por qué te he tomado por compañera y por qué tus padres han hecho de mí tu marido? No fue porque nos resultase difícil encontrar con quien compartir un mismo lecho; estarás convencida de ello como yo; pero se trataba de conseguir del mejor modo posible hijos y casa comunes. Después de haber deliberado, yo por mí, y por ti tus padres, nos hemos escogido, posiblemente como el partido de más conveniencia. Si Dios nos da un día hijos, buscaremos unidos el medio de darles la mejor educación, porque será también una felicidad común el encontrar en ellos defensores y apoyo dulce a nuestra vejez. Desde este momento, esta casa nos pertenece a los dos. Todos mis bienes los pongo en común contigo: tú has hecho otro tanto con lo que aportaste, no se trata ya de saber quién de los dos ha dado más que el otro. Hay una verdad de la que debemos penetrarnos: el más cuidadoso de nuestra hacienda, será el que más haya aportado a la comunidad.” (1)

I. NORMAS COMUNES A TODOS LOS EXPEDIENTES NOTARIALES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

El régimen jurídico de todos los expedientes notariales está precedido por el Capítulo I, Título VII LN (introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria), que regula las normas generales y comprende los arts. 49 y 50 LN.

El art. 49, siguiendo el más puro y tradicional sistema notarial, determina el soporte documental del expediente que será escritura pública cuando tenga por objeto un acto o negocio jurídico que implique declaración de voluntad o prestación de consentimiento y acta cuando tenga por objeto hechos o juicios y calificaciones sobre los mismos.

La norma no supone ninguna novedad pero si se detectan en ella las deficiencias signo de las últimas reformas sufridas por la Ley y el Reglamento del Notariado. En efecto, el legislador olvida que todo expediente notarial –salvo las actuaciones de oficio– se inicia

(1) COSIO Y CORRAL, Alfonso, *La Sociedad de Gananciales*, p. 6, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1963; es, todavía, la mejor monografía que se ha escrito sobre este régimen económico matrimonial.

con una solicitud o postulación documentada –un requerimiento– en acta y la escritura, cuando proceda, es la culminación del proceso que se cierra con la inscripción registral si estuviere prevista. La escritura pues no es excluyente del acta. Así permiten afirmarlo, sin ningún género de duda, los nuevos arts. 56, 57 y 58 CcE, subsanándose el olvido inicial en el Capítulo II, bajo el epígrafe “De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial”.

El art. 50 regula el procedimiento para la designación de perito, cuando el expediente lo requiera, remitiéndose así, a instancias del Decano del respectivo Colegio Notarial, por los colegios profesionales y demás entidades que menciona, lista de colegiados, asociados y profesionales –de hecho o de derecho– dispuestos a actuar como peritos; la lista será secuencial o rotatoria, designándose el primer perito por sorteo, ante el Decano, sobre dicha lista.

Adviértase que esta rotación debe ceder, a nuestro juicio, por razón del lugar de actuación profesional y competencia notarial, siendo rotatoria, con carácter preferente, dentro de cada plaza, aplicándose así, por analogía, criterios similares a los del nombramiento de mediador concursal.

Será el respectivo Colegio Notarial el administrador de estas listas y los Notarios interesados quienes soliciten de él la designación de perito.

El régimen jurídico supletorio está constituido por el Capítulo II, Título I, L J V, bajo el epígrafe “Normas de tramitación”, del que testimonio el art. 13:

“Aplicación de las disposiciones de este capítulo.

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate.”

El capítulo mencionado está referido en realidad a aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria que sean competencia, por razón de la materia, de la Judicatura o el Secretariado, lo que dificulta su pretendido carácter supletorio a los expedientes notariales y es que surge una pregunta inevitable. ¿A qué expedientes se refiere el precepto que comentamos?, ¿a todos los expedientes o solo a los regulados en esta ley?, de ser esto último, y así lo creemos, el expediente matrimonial notarial –que no se nomina así– no

está regulado *en esta ley* y si lo está en la LN, aunque su contenido –Título VII LN, con las remisiones que hace, en nuestro caso, a la LRC– haya sido introducido por la disposición final undécima de *esta ley*.

La interpretación que se propone no excluye sin embargo la aplicación supletoria, en última instancia, del referido capítulo una vez agotados los principios informadores de la LN, lo que es una lógica consecuencia del carácter omnicomprensivo de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Y lo expuesto, por hoy, es suficiente para entrar en la materia objeto de nuestra atención.

II. EL EXPEDIENTE MATRIMONIAL NOTARIAL: ACTA DE NOTORIEDAD. GENERALIDADES

El expediente es el conjunto de actuaciones diligenciadas –y escritas– previas a la celebración del matrimonio y en él se integra el periodo probatorio que comprende las pruebas de confesión y documental, así como la pericial y testifical, si procediere, la publicidad –no siempre– y el juicio notarial.

El expediente se inicia con la solicitud –instancia de parte (los futuros contrayentes o uno de estos y el apoderado del otro) o requerimiento notarial– y concluye con el juicio del Notario instructor sobre la capacidad e inexistencia –o dispensa– de impedimentos matrimoniales de los instantes que pretenden contraer matrimonio.

El expediente matrimonial notarial tiene como soporte documental, y denominación, el acta, como permite afirmar el art. 58.2 LRC que distingue entre “*La tramitación del acta*” que es de competencia notarial y “*la instrucción del expediente*” que se denomina así cuando concurren otros operadores jurídicos como son el Secretario del juzgado o el Encargado del Registro Civil para los matrimonios celebrados en España.

Ello no obstante, como tributo a la novedad y a la LJV, emplearemos indistintamente los términos de expediente o acta y los de Notario autorizante o instructor.

Cuanto antecede evidencia dos conclusiones: a) Que la competencia de los operadores jurídicos alternativamente previstos en la Ley no es excluyente por razón de la materia, quedando la designa-

ción del operador a elección de los instantes; b) Que el acta Notarial, al concluir con un juicio, es un acta de notoriedad.

¿Acta de notoriedad? Y es que art. 49.2º. LN refiere *“Cuando el expediente que tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta.”* ¿Se está creando un nuevo tipo de acta? Sin duda la respuesta es negativa; obsérvese que el precepto transcrito coincide con el último párrafo del art. 209 RN bien adaptado con los principios que informan la Jurisdicción Voluntaria. (2)

¿Calificaciones? ¿por qué no? La calificación no es más que el control de legalidad que asiste y obliga al Notario y que está penetrando reiterativamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, aunque hay que reconocer que la historia reclama el termino para el Derecho Hipotecario (art. 18 LH); sin embargo el uso de este término no es baladí y en él se insinúa tímidamente el posicionamiento del Legislador ante una futura Ley de Justicia Preventiva.

El expediente tiene como soporte sustantivo el CcE y la LRC, siendo el aspecto procedimental competencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria –en los términos y dudas antes expuestos– y de la Ley del Notariado que recibe de aquella el nuevo Título VII, bajo el epígrafe “Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”, regulándose la materia procedimental de la que vamos a tratar en el Capítulo II que trata “De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial” que está subordinado, por indicación expresa del art. 51, al art. 58 LRC que también reclama para sí la competencia, teniendo la LN carácter supletorio.

Es de significar que la LJV modifica en su disposición final primera los arts. del CcE que determina, entre otros los relativos al matrimonio, como ocurre con la cuarta que modifica la LRC.

La LJV prevee su posterior desarrollo reglamentario; mientras este no se produzca consideramos que siguen vigentes el RN y el RLRC, en cuanto no se opongan a la nueva regulación, siguiendo las pautas tradicionalmente marcadas por la Jurisprudencia ante la ausencia de nuevos reglamentos.

(2) Vide mi trabajo “Expediente Notarial de Jurisdicción voluntaria. II.- Sucesiones: C) Adveración testamento ológrafo”, notariosyregistradores.

III. PRESUPUESTOS, DILIGENCIAS Y JUICIO O CALIFICACIÓN DEL ACTA DE NOTORIEDAD.

III.1. Competencia Notarial: Es competente el Notario que tenga su residencia en el domicilio de cualquiera de los futuros contrayentes; pero siempre el del domicilio de uno de los contrayentes, no el del apoderado. Así resulta de los arts. 51 y 55 CcE.

La designación de Notario instructor, en el Proyecto, no era libre, quedaba sujeta a turno que administraría, siguiendo las normas reglamentarias, el Delegado de Distrito. La LRC y LN cambian de criterio –a mi juicio erróneamente– suprimiendo toda referencia al turno en sus arts. 58 y 51 respectivamente.

Se acreditará el domicilio de los contrayentes con prueba de confesión y documental que se incorporará al acta.

Vide arts. 51.1. LN y 58.2.3. LRC.

Funcional y teleológicamente la competencia notarial tiene un límite objetivo en cuanto dicho expediente solo puede ser antecedente y soporte del matrimonio civil, como permite afirmar el art. 58.8 LRC y siempre que el futuro oficiante sea el mismo u otro Notario, Juez de Paz, Alcalde o Concejal en quien este delegue, de conformidad con lo previsto en el art. 57 Cce.

III.2. El instrumento público: Como toda acta de notoriedad exige la duplicidad instrumental prevista en el art. 209 RN, constando en el primer instrumento la rogación, pruebas y publicidad exigida, en sucesivas diligencias y en el segundo la declaración de notoriedad si procediere; el carácter especial del juicio de capacidad, justifica aun más la exigencia reglamentaria de la duplicidad documental.

III.3. La rogación: Se hará por los futuros contrayentes o por uno de estos y el apoderado del otro y en ella constará la voluntad de contraer futuro matrimonio y declaración jurada o bajo promesa de que no existe impedimento para contraer matrimonio entre ellos, previa advertencia notarial del delito de falsedad en documento público.

Las manifestaciones que anteceden tienen el carácter de prueba de confesión y tendrán como soporte adicional la prueba documental de la que trataremos después.

III.4. Interés legítimo y capacidad: El interés legítimo queda en el proyecto de contraer matrimonio, –“*nupciarum futurarum*” (3)– sin embargo el tema de capacidad reviste, para la posterior celebración del negocio jurídico matrimonial, caracteres especiales porque además de la mayoría de edad o la emancipación (4), se exige la inexistencia de impedimentos matrimoniales o su dispensa; el acta de notoriedad tiene precisamente ese objeto, juicio notarial afirmativo de la capacidad de los requirentes para contraer matrimonio por el hecho de concurrir en ellos las exigencias legales de capacidad y la inexistencia de impedimentos o prohibiciones absolutos o relativos. Resúmase lo dicho afirmando que se requiere una capacidad general y otra subjetiva o relativa. (5)

La especialidad del tema que se analiza estriba en que además de una capacidad general se exige la relativa referida a la capacidad “para contraer matrimonio entre si”. Se puede tener capacidad general para contraer matrimonio y no relativa, para contraerlo con determinada persona, como es el caso de los condenados por muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiere estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, ex arts. 47 y 48 CcE, salvo dispensa.

Me parece un academicismo plantearse si es posible iniciar un expediente matrimonial, siendo los dos requirentes, o cualquiera de ellos, menores de edad y mayores al tiempo de contraer matrimonio en la época prevista en dicho expediente. En principio, salvo que circunstancias extraordinarias lo exijan, la respuesta es negativa. Se trataría de una declaración de notoriedad, no condicional y si de futuro, que como tal es desconocido, aunque ya puestos podría subsanarse con la declaración de los contrayentes y testigos, en la escritura matrimonial, de no haber sobrevenido hecho alguno mo-

(3) La iniciación del expediente supone sin duda la existencia y prueba de esponsales, lo que es importante a los efectos de los arts. 42 y 43 CcE.

(4) La antigua habilitación de edad, por medio de dispensa, queda derogada; compárese el derogado art. 48 con el vigente del CcE.

(5) La doble capacidad, absoluta y relativa, no es exclusiva sin embargo del matrimonio, pues también es exigible en todos los supuestos de autocontratación (art. 267 C de c) y aquellos otros en que existan prohibiciones legales relativas para contratar (art. 1459 CcE)

dificativo de su capacidad (6), estando, claro está, vigente el expediente.

Se estará pues a lo previsto en los arts. 46, 47 y 48 CcE, practicándose en función de ellos prueba de confesión, en todo caso, las documentales y periciales que procedieren.

El Notario instructor deberá dar lectura de estos preceptos en cumplimiento de su deber de información y control de legalidad.

Afecta al juicio de capacidad la manifestación de los requirentes o la apreciación del Notario de deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, en cuyo caso es preceptivo el examen médico ex art. 56 CcE y 58.5. LRC, practicándose la correspondiente prueba pericial en momento posterior; significando que estas circunstancias no impiden la autorización del acta inicial salvo evidencias groseras; y es que no hay que confundir la capacidad para instar el acta con la capacidad para contraer matrimonio.

Estas actas exigen no solo la apreciación del interés legítimo sino también el juicio de capacidad, calificados por el Notario instructor, pues ante actas de notoriedad estamos.

Es de especial interés el caso de que los pretendientes o uno de ellos tenga la capacidad modificada judicialmente, supuesto en el que se estará a los términos de la sentencia –con las matizaciones que después se dicen–, siendo siempre aconsejable, cuando no exigible, el dictamen médico.

Hay que advertir sin embargo que aunque la sentencia admita la capacidad matrimonial, la última palabra la tiene el Notario instructor y, como veremos después, el Notario oficiante, pese a la torpe manera de manifestarse la Ley.

Si la sentencia excluye la capacidad matrimonial, se estará a sus pronunciamientos sin más, siendo la declaración de notoriedad negativa u obstativa.

La exploración del Notario, en estos casos especiales, mediante el correspondiente interrogatorio a los pretendientes sobre un mínimo conocimiento de lo que es el matrimonio es esencial y determinante, lo mismo que la existencia, acreditada, de un noviazgo o relación previa, con convivencia o sin ella. Y reitero lo de esencial

(6) Esta declaración ratificante, se exige, en todo caso, en el modelo de escritura matrimonial que se anexa.

porque en caso de disparidad prevalecerá el criterio del notario relativo a la capacidad, si es negativo, frente al criterio medico, si es afirmativo. Y así son las cosas porque la declaración de notoriedad es de competencia exclusiva notarial –salvo en caso de modificación judicial de la capacidad, en los términos vistos–, aunque susceptible de recurso.

Las cosas sin embargo son distintas para el supuesto de que el juicio del facultativo fuera negativo, juicio que vinculará al Notario como parece deducirse del art. 56 CcE, lo mismo que cuando la resolución judicial modificativa de la capacidad –como ya se ha dicho– sea total o excluya expresamente la capacidad para contraer matrimonio.

III.5. Periodo probatorio: Se requieren, según los casos, las pruebas que siguen, que se practicarán directamente en el requerimiento inicial o en diligencias posteriores, según su naturaleza y disponibilidad.

III.5.1. Prueba de confesión: Manifestación de los requirentes, previa advertencia notarial del delito de falsedad en documento público y lectura de los arts. 46, 47 y 48 CcE, afirmativa de que tienen capacidad para contraer matrimonio, no estando incursos en ninguno de los impedimentos o prohibiciones, habiendo obtenido, en su caso, dispensa para contraerlo entre si.

Se extiende también esta prueba, además de la documental exigible, a la manifestación de los contrayentes sobre su estado civil, domicilio y cualesquiera otros extremos que el Notario requiera para *“apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio”* (art.58.5. LRC), facilitando así el juicio notarial de notoriedad.

Esta prueba de confesión constituye una especialidad a tener en cuenta pues se hará separada o reservadamente a cada uno de los requirentes; así lo exige el art. 58.5 LRC y lo reitera el art. 246 RLRC en lo que denomina “audiencia” de los interesados.

III.5.2. Prueba documental:

— Presentación originales de los documentos acreditativos de la identidad de los requirentes que se testimoniarán.

— Testimonio, en su caso, de las sentencias de nulidad o divorcio de vínculos matrimoniales anteriores. Este requisito, exigido por el art. 241 RLRC, que a continuación comentamos, parece innecesario en cuanto que en el certificado de nacimiento consta, por nota marginal, todos los hechos que afectan al estado civil de la persona y por ello la nulidad y el divorcio. Tal vez la exigencia encuentre su *ratio iuris* en aquellas nulidades canónicas en las que se exige para contraer futuro matrimonio la autorización del Ordinario del lugar. ¿Deberá tenerse en cuenta? Si el oficiante del matrimonio es un funcionario la respuesta es negativa; si el matrimonio es en forma religiosa canónica tendrá que considerarse.

Hay un punto del art 58 LRC, en su redacción dada por el Proyecto y hoy suprimido, que no obstante debe traerse a colación y que parece exigir cierta explicación y que entrecomillo, es este: "*La inexistencia de vínculos matrimoniales anteriores no disueltos o anulados deberá acreditarse con información del Registro civil*".

¿Cómo pueden existir vínculos matrimoniales anteriores no disueltos o anulados?. Es que de existir imposibilitarían la celebración del matrimonio por incapacidad ex art. 46.2.º CcE. Sin duda el precepto se está refiriendo a las declaraciones de fallecimiento.

La exigencia del expediente informativo suscitaría la duda de si en estos casos la competencia para la instrucción del expediente matrimonial es exclusiva del Encargado del Registro Civil. En principio, visto el art. 53 CcE, que constituye una clara manifestación del principio *favor matrimonii*, la respuesta debe ser negativa; todos los otros operadores jurídicos son competentes.

Aunque parezca arcaico y preconstitucional recordarlo, la elaboración doctrinal del matrimonio es fundamentalmente canónica. El *Codex Iuris Canonici*, en las sucesivas ediciones de Benedicto XV y Juan Pablo II, considera al matrimonio como un sacramento y la falta de competencia o autoridad del oficiante o administrador la suple la autoridad de la Iglesia. Volveremos sobre el tema en sede estrictamente civil.

— Certificados de empadronamiento de los instantes o requirentes (no del apoderado) en su domicilio o residencia actual así como el que hubieren tenido en los dos años anteriores, en los que, a instancias de los mismos, constará además el número de habitantes de derecho de la población, constancia excusable en casos evidentes.

Esta exigencia documental es determinante para la exigencia o no de la publicidad edictal del proyectado matrimonio.

— Certificados de nacimiento de los requirentes. Es la prueba fundamental, aunque no única, para determinar la capacidad general para contraer matrimonio.

— copia o testimonio del documento, con constancia registral, que acredite la emancipación. En los supuestos del art. 319 CcE será preceptiva la escritura que acredite el consentimiento de los padres o su comparecencia en el expediente matrimonial.

— Testimonio, en su caso, de la dispensa concedida.

— Copia de la escritura de poder para contraer matrimonio, en su caso. En la escritura, además de los requisitos exigidos por el art. 55 CcE y 258 RLRC (también regula el matrimonio con intervención de interprete), es aconsejable hacer constar y conceder la facultad de instar el acta o expediente matrimonial así como la declaración del otorgante-poderdante de tener capacidad para contraer matrimonio, absoluta y relativa, bajo juramento o promesa y advertencia notarial del delito de falsedad en documento público.

El matrimonio por poder exige una breve pero importante reflexión. Nos situamos en el art. 55 CcE y concordantes de la normativa del Registro Civil. Llama la atención que entre las causas de extinción del poder no se mencione la incapacitación del poderdante ex art. 1732 CcE que sin duda es aplicable al poder matrimonial. Respecto del apoderado el juicio notarial de capacidad *in actu* hace innecesaria cualquier precisión.

No menos extraño es que el legislador no haya previsto la caducidad del poder, sobre todo en materia tan delicada y voluble de futuro como es el consentimiento matrimonial. El sentido común obliga a entender, así lo estimamos, que el poder caduca con el expediente mismo o si se quiere, que la caducidad del expediente determina la caducidad del poder supuesto que el poder se da para caso determinado cifrado en contraer matrimonio con el preceptivo expediente previo.

Lo expuesto permite sugerir, *ad cautelam*, que en la escritura de poder se prevea su caducidad.

En la normativa expuesta no se prevee ni se prohíbe la posibilidad de sustitución del poder o subapoderamiento. La respuesta debe ser negativa, lo que nos sitúa ante una excepción no prevista por el art. 1721 CcE; a esta conclusión nos lleva el espíritu del art. 55 CcE, la naturaleza del matrimonio y los antecedentes legislativos constituidos por los cánones 1090 del *Codex Iuris Canonici* de Benedicto XV y 1116 de Juan Pablo II.

En fin, debe tenerse muy en cuenta que la posibilidad de contraer matrimonio por poder debe constar en el expediente o acta matrimonial exhibiéndose al Notario autorizante del acta dicho poder para su calificación.

¿Debe protocolizarse la copia de la escritura del poder en el acta o expediente matrimonial? La respuesta, en principio, es afirmativa visto el penúltimo párrafo del art. 58.5. LRC y el art. 259 RLRC. Nuestra opinión sin embargo es distinta, cumpliéndose las previsiones legales mediante un testimonio del poder que es el que obrará en el expediente y para ello me fundo en que la copia del poder debe exigirla el Notario Oficiante, no para su calificación -que es competencia del instructor- y si para tener certeza de que el poder subsiste ya que una de las formas de revocación, por hechos concluyentes, está en la retirada de la copia misma.

— Certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento interesado de haber publicado edictos, cuando procediere.

Es preceptiva la publicación en todos los Ayuntamientos donde hubieren residido y residan los requirentes en los dos años anteriores a la iniciación del acta, siempre que alguno de los Ayuntamientos tuviere menos de 25000 habitantes de derecho, según el censo oficial.

La exposición pública en los Tablones de Anuncios será durante quince días prescritos por el art. 243 RLRC que determina su contenido y se remite además al art. 240 del mismo reglamento.

Los días serán naturales, conforme a los criterios que inspiran el sistema notarial. El mejor criterio del Notario autorizante resolverá lo que proceda.

A estos efectos deberá tenerse en cuenta el carácter supletorio de la LEC y los principios que informan el sistema notarial para el que los días son naturales salvo las excepciones concretas que especifica para los días hábiles como son los casos de los arts. 204 (plazo para contestar al requerimiento) y 209 bis (termino suspen-

sivo para expedir copia en las actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato) RN.

Reitero que el mejor criterio del Notario instructor resolverá lo que proceda.

Los edictos y la prueba sustitutoria caducan al año de su práctica sin haberse celebrado el matrimonio (art. 58.5 último párrafo LRC y 248 RLRC).

III.5.3. Prueba testifical: Es sustitutoria de la publicidad, cuando alguno de los municipios tuviere más de 25000 habitantes, supuesto en el que se exige la audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado, en calidad de testigo, que deberá manifestar su convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna.

Esta prueba puede ser cumulativa con la edictal, caso por ej. de que el domicilio de uno de los requirente tuviere menos de 25000 habitantes y el del otro no o que alguno de los domicilio anteriores, de uno o de ambos, tuvieren menos y los actuales más.

La idoneidad de los testigos viene determinada por el art. 244 RLRC; se trata en realidad de testigos de conocimiento, aunque en cierto modo sean también instrumentales; el art. citado es acorde con el art. 182, 183 y 184 RN que tienen fácil adaptación a la naturaleza del acta o expediente matrimonial.

III.5.4. Prueba pericial: Dictamen médico en los casos que ya se indicaron.

¿Qué médico?. El art. 245 RLRC atribuía el dictamen al Medico del Registro Civil o su sustituto; habiendo desaparecido hoy esta categoría médica, el facultativo será no el médico forense y sí el que corresponda conforme a la lista secuencial obrante en el Colegio Notarial ex art. 50 LN ya examinado.

Decía que el certificado de nacimiento es la prueba fundamental pero no única para determinar la capacidad general. No es única porque puede ocurrir en caso de refugiados procedentes de países donde no exista registro civil o no este operativo, que se requiera prueba pericial médica para determinar la edad de los requirentes. En estos casos estimo que el único funcionario competente para instruir el expediente es el Encargado del Registro Civil y el dictamen será evacuado por el médico forense.

III.5.5. Pruebas facultativas o de oficio: Las que el Notario Instructor acuerde para cerciorarse de la capacidad de los requirentes, su domicilio, la inexistencia de impedimentos o cualesquiera otros extremos, sancionándose así por el art. 58.5. LRC y 245 RLRC.

III.6. Protocolización: Todas las pruebas constarán en el acta, según prescribe el art. 58.5. LRC y las documentales practicadas se protocolizaran conforme al art. 209.-Tercero. RN.

III.7. Juicio o declaración de notoriedad: “*Si el acta fuere favorable a la celebración del matrimonio*”, dice el art. 52.1. LN, el Notario emitirá juicio, calificación o declaración de notoriedad sobre la capacidad de los contrayentes y la inexistencia de impedimentos, procediendo conforme al art. 209.-Cuarto. RN.

Tiene esta acta como característica especial la necesidad de hacer constar la vecindad civil y el régimen económico matrimonial (materia reservada a las escrituras) aplicable al futuro matrimonio, calificado por el Notario, según las declaraciones de los requirentes, si el régimen es el legal supletorio o acreditado por aquellos si es paccionado, presentando en este caso copia de la escritura capitular que se protocolizará. *Vide* art. 58.6. LRC.

La declaración de notoriedad negativa será recurrible ante la DGRN ex art. 58.7. LRC.

Adviértase que esta acta, como ya indicamos, se rige por la LRC y supletoriamente por la LN. *Vide* arts. 58 LRC y 51.2 LN. Hasta nuevo desarrollo reglamentario entra en juego el RN y RLRC.

IV. EL PERIODO INTERMEDIO: TIEMPO DE LA INFORMÁTICA Y DE LA TRADICIÓN

Entiendo por tal el comprendido entre la autorización del acta y la celebración del matrimonio.

Una de las características, entre las vistas, del acta o expediente notarial matrimonial es la facultad, que se reconoce a los requirentes, de elegir funcionario oficiante, lo que se hará constar en el acta misma; cuando ejercitada esta facultad el elegido no sea el mismo que autorizó el acta matrimonial se estará a lo que sigue.

Pues bien, en este supuesto, el Notario autorizante del acta remitirá, vía informática, las actuaciones, expediente o acta, al funcionario-oficiante designado, como presupuesto necesario -salvo en peligro inminente de muerte, como se verá después- para la celebración del matrimonio. La comunicación es exigida además por la LRC, LN y el art. 250 RLRC.

Que la copia sea electrónica, aunque no la exija así el art. 52.2. LN, la presuponen hoy los principios que informan las reformas de la LN; en caso de imposibilidad se estará a los medios tradicionales para la comunicación y envío.

Lo expuesto, como tributo a la tradición, se completa con la entrega a las requirentes de la copia del acta, exigida por el art. 58.6. LRC.

Las precisiones que anteceden me obligan a advertir que este trabajose circunscribe al ámbito notarial –de notario instructor a notario oficiante– y, en consecuencia, al matrimonio en forma civil.

V. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO: ESCRITURA CONSTITUTIVA

V.1. Presupuestos: Deberá tenerse a la vista, haberse comunicado o exhibido al Notario oficiante el expediente o acta previa a la que hemos hecho referencia, salvo en el matrimonio contraído en peligro inminente de muerte.

Adviértase que la facultad reconocida a los contrayentes de elegir funcionario oficiante –limitadamente– no exige identidad funcional, quiero decir con ello que el elegido o designado puede ser funcionario de distinta clase del Notario instructor del expediente; así, por ejemplo, puede ser oficiante otro Notario, Juez de Paz y Alcalde o concejal en quien este delegue. Así lo evidencia el art. 57 CcE. y lo ratifica el art. 58.8 LRC.

Así como el instructor del expediente ha de ser el funcionario que tenga competencia en el domicilio de cualquiera de los requirentes o futuros contrayentes, no se exige ese punto de conexión para el oficiante, cuya competencia se limitará solo a la territorial.

No tiene competencia funcional el Notario cuando el expediente haya sido instruido por el Secretario Judicial o el Encargado del Registro Civil; en estos casos el Notario no puede ser oficiante, solo

tiene competencia –no excluyente– cuando el expediente haya sido instruido o autorizado por otro Notario.

Vide necesariamente art. 58.8. LRC.

V.2. Lugar: El matrimonio puede celebrarse en cualquier sitio del territorio en que el Notario oficiante sea competente.

Lo normal es que la ceremonia tenga lugar en el Colegio Notarial, en la sede de la Delegación Colegial para los celebrados en las otras capitales de provincia, en las delegaciones de distrito, si existiere local adecuado, o en la Notaria del oficiante. La celebración fuera de estos sitios, a solicitud de los contrayentes, es discrecional del oficiante aunque objetable.

Este es el criterio de la DGRN en Instrucción de 28 de noviembre de 1985 y Consulta de 18 de noviembre de 2004, que considera la celebración fuera de estos lugares (referidos al Ayuntamiento y a las oficinas del Registro Civil) como irregular. El Consejo General del Notariado, los Colegios Notariales, los Delegados de Distrito y los Notarios en general tendrán en cuenta la comunicación que la Instrucción establece cuando el matrimonio se celebre en locales habilitados al efecto. La *ratio iuris* de este criterio debe encontrarse en la publicidad que entraña la celebración del matrimonio en estos lugares públicos.

Esto último que apuntamos tiene singular importancia, así por ej. en el Derecho Ingles, la Marriage Act 1949 regula el lugar de celebración del matrimonio, considerándose aptos los edificios habilitados para tal fin, siempre que estén previamente registrados. (7)

En todo caso, hemos de advertir que el matrimonio fuera del Colegio Notarial, sus delegaciones, sedes del distrito y notarias, solo se autorizará en peligro inminente de muerte.

Es de esperar una circular del Consejo General del Notariado que aborde, entre otras materias, la que aquí se apunta como la que se plantea a continuación. No estaría demás que se autorizara la celebración del matrimonio en otros edificios habilitados para tal fin o lugares abiertos, siempre que así constara en el expediente matrimonial.

(7) *Vide* nota siguiente. La lectura del artículo que se cita es obligada por su elevado nivel doctrinal.

V.3. Día y hora: Lo normal es que sea convenido entre el oficiente y los contrayentes y en su defecto se estará a lo que sigue.

Al no estar la autorización de la escritura sujeta a turno, y considerando la facultad de los contrayentes de elegir oficiente, no es posible el establecimiento del sistema de guardias a los efectos que aquí se examinan.

La materia está regulada por el art. 249 RLRC. Se concede a los contrayentes un margen de libertad restringida, ya que será el fijado por estos, en cuanto lo permiten las necesidades del servicio, practicándose el señalamiento con un mes de antelación. Esto implica dos consecuencias, la primera que se ha de dar al funcionario el margen de esos treinta días siguientes a la conclusión del acta, la segunda que en el acta misma debe constar el día y hora elegido.

La expresada libertad se restringe más si se solicita la celebración del matrimonio dentro de los tres días siguientes a la conclusión del acta, supuesto en que el día y hora, conforme al mencionado precepto, lo fijará el Notario autorizante del acta.

Aunque no está resuelto normativamente, la propia naturaleza de las cosas exige, cuando el funcionario autorizante del acta y el oficiente sean distintos, la comunicación del primero al segundo del día y hora designado, por si las necesidades del servicio exigieran otra cosa. Es algo así como obtener el *placet* del oficiente.

Vuelve a plantearse aquí el tema de la naturaleza de los días, y hasta que reglamentariamente no se resuelva otra cosa, los días serán hábiles, como se deduce de lo que sigue.

La hora será dentro del horario de apertura al público de la Notaría que, a estos efectos, deberá ser uniforme, al menos en el territorio de cada Colegio Notarial.

Se espera que reglamentariamente, por instrucción de la DG o circular del CGN se aclare esta materia que puede ser objeto de susceptibilidades o de peticiones exorbitadas.

No quiero soslayar una cuestión que, en este *iter* discursivo, se presenta; supuesto que la facultad reconocida a los requirentes de elegir Notario distinto del instructor, para oficiar el matrimonio, debe constar en el expediente si efectivamente se ejercita, ¿deberá determinarse la identidad del Notario nominativamente o podrá ser referida al que lo sea de un lugar determinado?, parece que esto último y ello por dos razones, una la movilidad de los destinos y otra

la realidad que se resume así: “Me caso en mi pueblo”; así las cosas deberá determinarse la identidad de la plaza notarial.

V.4. La Escritura: Las declaraciones de voluntad, base del negocio jurídico matrimonial, se instrumentaran en escritura, que se exige *ad solemnitatem*; mientras que la inscripción del matrimonio en el Registro Civil es obligatoria y necesaria para los efectos que se derivan de la publicidad, la escritura es constitutiva; la ausencia de la primera no afecta a la validez del matrimonio, la de la segunda sí, como permite afirmar el art. 73.3.º CcE. (8)

Esta escritura tiene características especiales que se cifran en: a) la necesidad de que se contengan en ella todos los datos necesarios para la inscripción en el RC, –los especifica el art. 258 RLRC–, siendo de destacar la hora y lugar de celebración del matrimonio y, en su caso, los datos de identidad del intérprete y a quien asiste así como el idioma en que se ha manifestado el consentimiento y también, en su caso, las del poder y apoderado; b) la lectura previa por el oficiante, exigida por el art. 58 CcE, de los arts. 66, 67 y 68 CCE; c) la expresión o manifestación del consentimiento está reglada por el art. 58 CcE.; d) la intervención de dos testigos; dada la naturaleza familiar de estos actos los parientes pueden ser testigos, aunque tengan el carácter de instrumentales. Este es el criterio que informa

(8) POLO SABAU, Jose Ramón, “La función de la forma de celebración del matrimonio y el principio de igualdad: Algunas observaciones a la luz del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/oós/index.php/RDC>. Volumen II, núm. 1 (enero-marzo 2015) Estudios, pp. 25-55. No trata el autor de la escritura pública como forma de celebración del matrimonio, pero a la vista de su posición, ante las posibles formas alternativas, implícitamente está negando el carácter constitutivo de la escritura. En este apartado se comparten algunas ideas e informaciones del autor; su estudio, tal vez excesivamente academicista, es muy bueno, aunque algo ajeno a la realidad de la aplicación del derecho, soslaya los problemas que se derivan de su posicionamiento, en base a un principio de igualdad, en el ámbito religioso y laico (Arts. 14 C. y 59 CcE), principio este que, llevado a sus últimas consecuencias, no compartimos y nos obligaría a preguntarnos –diría un agnóstico– sobre la legitimidad de la existencia de las cátedras de Relaciones Iglesia y Estado, cuya supresión sería absurda, aunque pudiera verse afectado, que no lesionado, dicho principio, ya que la conflictividad religiosa de hoy, en dimensión geopolítica, las hace más que necesarias. Reitero la obligada lectura del trabajo citado.

el art.58 LRC para el acta o expediente matrimonial; e) la protocolización del acta previa (9) que considero innecesaria cuando el Notario autorizante o instructor sea el mismo que el oficiante.

El art 52.2 LN, por mimetismo, incurre en el mismo error que el art 250 RLRC, al afirmar que si el oficiante fuere distinto del instructor del acta, aquel *se limitara a celebrar el matrimonio*. ¿De verdad?. Como esto lo leerá algún Notario huelgan las explicaciones.

Decíamos que la escritura es constitutiva, tema este que para posiciones romanistas y canonistas no es de recibo. Para los primeros la base del matrimonio está en el *connubium* y en la *afectio maritalis*, que se resume en la *voluntas communio omnis vitae*, inicial –con capacidad– y continuada, ya que la *confarreatio* no es forma de celebración del matrimonio y si la ceremonia de introducción de la mujer por el marido en la *domus* para someterla a la autoridad del *pater familias*. Para los segundos, recogiendo las prescripciones de los distintos *Codex*, es también el consentimiento el determinante del matrimonio hasta el punto de que en la administración del sacramento matrimonial los ministros son los propios contrayentes, siendo el oficiante un mero testigo.

Hoy, ambas posiciones, consideran que el admitir la LJV la alternativa de distintos oficiantes civiles y religiosos, determina que la forma no sea esencial. Tal vez una apoyatura a esta tesis se encuentre en la crítica que hemos hecho a los arts. 52.2. LN y 250 RLRC.

Para nosotros el carácter constitutivo de la escritura no es incompatible, como en todo negocio jurídico bilateral, con la necesidad de la existencia de unas voluntades unísonas libres de todo vicio que anule el consentimiento.

La escritura es el consentimiento mismo y garantía de que se ha manifestado con plena capacidad, libertad y voluntad informada, instrumento público que no puede ser sustituido por una mera comunicación privada al RC, como algunos han pretendido, aunque completado, a efectos de publicidad, con la inscripción registral.

El que existan varias formas alternativas de contraer matrimonio, no priva a ninguna de ellas de su carácter constitutivo porque el matrimonio es un negocio jurídico necesariamente formal y de obligada inscripción, notas estas que lo distinguen de la unión de

(9) Vide Instrucción DGRN 3-agosto-2015 y Circular CGN aprobada por resolución 21 julio 2015.

hecho por muy registrada que pueda estar (fuera del Registro Civil, desde luego).

VI. EL PERIODO FINAL

Este periodo tiene dos manifestaciones, una ordinaria o normal y otra extraordinaria o excepcional.

La primera se manifiesta en la obligatoriedad de la inscripción en el RC, a cuyos efectos el Notario oficiante hará la comunicación exigida por el art. 58.8 LRC que será telemática y entregará copia de la escritura a los cónyuges.

La segunda es la que afecta al matrimonio en peligro inminente de muerte, en el que concurren tres singularidades: a) No existe acta o expediente matrimonial previo; b) la escritura exige dictamen médico, si la perentoriedad de la situación lo permite. *Vide* arts. 52 y 65 CcE, 58.10 LRC y 52.3 LN.; c) El acta será posterior.

Los preceptos citados reclaman una pausa y reflexión. Cuando el art. 58.10 LRC habla del matrimonio celebrado *“sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si este fuere necesario,”* ¿a qué matrimonios se refiere?; es más, cuando precisa *“si este fuere necesario,”* parece estar afirmando que hay matrimonios que no requieren esa acta o expediente previo.

Así las cosas son evidentes y necesarias estas dos preguntas: a) ¿Se puede autorizar un matrimonio sin acta previa cuando esta sea necesaria?; b) ¿Qué matrimonios no exigen acta previa?. Invirtamos el orden de las respuestas.

No exige acta previa, pero si posterior al otorgamiento de la escritura y antes de la inscripción, el matrimonio en peligro inminente de muerte; así lo precisan los arts. 52 CcE y 52.3 LN.

Respondamos a la primera pregunta. Ningún funcionario, salvo en el matrimonio en peligro inminente de muerte, puede autorizar el matrimonio sin acta o expediente previo, doctrina esta aplicable a los ministros de culto por imperativo del art. 60 a) CcE.

¿Entonces?. ¿Qué sentido tiene el texto entrecomillado del art. 58.10 LRC?. La interpretación sistemática y armonizadora nos da la respuesta. Es fundado afirmar que estos matrimonios son los celebrados por españoles en el extranjero con arreglo a la forma establecida en el lugar de celebración, es decir, en aquellos territorios

extranjeros en los que no se exija el expediente previo, interpretación está acorde con el art. 49 CcE.

Lo expuesto permite afirmar que hay coordinación con el Derecho Internacional Privado, en cuanto la forma se somete a la *lex loci* y el expediente, que es cuestión de capacidad, se somete a la ley nacional de los celebrantes. Referencia arts. 9 y 11 CcE.

Los supuestos sin embargo no se han agotado; lo veremos en el siguiente apartado.

VII. FAVOR MATRIMONII

Nos referíamos, líneas ya pasadas, a una manifestación del principio *favor negotii*, que está constituida por este otro de *favor matrimonii*, expresado por el art. 53 CcE en cuanto *ope legis* queda convalidado el matrimonio celebrado ante Notario incompetente o sin nombramiento legítimo.

Son dos las cuestiones a dilucidar, la identidad del Notario en función del tiempo (Notario instructor y Notario oficiante, primer tiempo y segundo tiempo) y la incompetencia o falta de nombramiento.

Primera cuestión: ¿A qué Notario se refiere, al autorizante del acta o al oficiante? Al no distinguir, en principio, a cualquiera de los dos, sin embargo, de la interpretación conjunta con el art. 73.3.º CcE la norma se refiere al Notario oficiante, la expresión “ante quien deba celebrarse” o “ante quien se celebra” anda esta interpretación.

Segunda cuestión: Se desglosa en dos, una referida a la competencia y otra al nombramiento.

— La competencia: Puede ser territorial y funcional. Recordemos que, salvo precisiones, nos ocupamos solo del Notariado.

Diremos que el Notario es incompetente territorialmente, para instruir el expediente, cuando no lo sea del domicilio de cualquiera de los cónyuges y como oficiante cuando no lo sea del lugar de celebración del matrimonio, bien entendido que si, en cualquiera de los casos actúa dentro de su distrito, el matrimonio no tiene objeción alguna porque el supuesto escapa al art. 53, ya que el Notario tiene fe pública dentro de su distrito -art.116 RN-, sin perjuicio, en los casos examinados, de la responsabilidad disciplinaria en que pueda incurrir el instructor o el oficiante.

Añadimos que el Notario es incompetente funcionalmente cuando no tiene potestad para oficiar un matrimonio autorizando la correspondiente escritura pública; tal es el caso de que el expediente haya sido instruido por otro funcionario público (Secretario Judicial o Encargado del Registro Civil).

Recordemos que el Notario solo puede autorizar escrituras matrimoniales cuando el expediente matrimonial (acta) haya sido autorizado por él mismo u otro Notario.

— El nombramiento: Esto es más complicado de dilucidar, es posible que se trate de ausencia de alguno de los requisitos del nombramiento como son la publicidad *ex lege* (BOE) y la toma de posesión y también el del Notario jubilado que indebidamente sigue en activo no obstante haber caducado su nombramiento.

Lo que parece claro es que el autorizante y el oficiante han de ser en todo caso Notarios, incluso jubilados, aunque no tengan competencia territorial ni funcional.

Esta es la doctrina que resulta del art. 58.2. LRC y 51.1. LN que regulan la competencia notarial y, *a contrario sensu*, la incompetencia.

La consulta de la DG de 22 de diciembre de 2004, aunque referida a la competencia de los Miembros de las Juntas de Gobierno no electos (quedan excluidos como oficiantes en cuanto que los no electos no son concejales), aclara bien poco pero si establece el criterio restrictivo que debe regir la interpretación de los arts. 51 y 53 CcE.

Pues bien, estas manifestaciones del principio favor matrimonii exigen la concurrencia de dos requisitos, conforme al art. 53, que al menos uno de los cónyuges actúe de buena fe y que el Notario ejerza sus funciones públicamente; así las cosas el art. 53 CcE supone una excepción al art. 73.3.º del mismo cuerpo legal. (10)

(10) O`CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Código Civil comentado y con jurisprudencia, p. 121 La Ley, Las Rozas, 6.ª ed. 2008, y Manuel MARÍN LÓPEZ JESÚS, Comentarios al Código Civil, pp. 173-174, coordinada por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed. 2009.

Estas obras son anteriores a los nuevos arts. del CcE, advirtiendo que el nuevo art. 53 suprime, en cuanto al nombramiento, el adjetivo de “Legítimo”.

Llama la atención que el art. 53 no subsane el matrimonio en cuya celebración no intervengan testigos y tal vez sea así por razones históricas, como fue el matrimonio a yuras, y por los antecedentes legislativos, referidos estos al *Codex Iuris Canonici* que formó parte de nuestro ordenamiento jurídico en sede matrimonial (*Vide* cánones 1014 –favor matrimonii–, 1098 –matrimonio ante testigos– de Benedicto XV, 1060 –favor matrimonii– y 1116 –solo ante testigos– de Juan Pablo II).

La nulidad del expediente o acta matrimonial no determina, a mi juicio, la nulidad de la escritura matrimonial, salvo que afecte a la capacidad de los cónyuges, doctrina esta que puede ser consecuencia del principio *favor matrimonii* y que evidencia además la torpeza legislativa afirmativa de que autorizada el acta el oficiante se *limitará* a la celebración del matrimonio. Quiero afirmar con ello que la escritura –si es completa– puede subsanar la nulidad del expediente que en todo caso –y en este caso– puede ser a posteriori.

Es este último caso al que aludíamos en el apartado anterior y que ahora examinamos. Pues bien, si la nulidad del expediente no afecta a la validez del matrimonio, en estos casos se autorizará un acta o expediente a posteriori.

La tesis expuesta nos lleva a concluir, como ya se insinuó, que la escritura, en estos casos, si es completa, puede tener alcance subsanatorio y sustitutorio del expediente, haciéndolo innecesario.

Y esta es la última pregunta que se me ocurre y la formulo así: ¿Puede el Notario oficiante calificar el expediente autorizado por otro Notario? Según el tenor literal de los preceptos citados –“se *limitará*”– la respuesta es negativa, pero esto no es así, sin más, ya que tendrá que calificar o comprobar la coincidencia de los contrayentes con los requirentes del acta, si consta en el expediente el juicio de capacidad matrimonial, sin que existan impedimentos, y si dicho expediente está vigente.

Me tomo la licencia de hacer una digresión insinuando algo ya denunciado por la Ley de Economía Sostenible, la duplicidad de funciones Notarial y Registral, ya que, en consonancia con lo expuesto, si la calificación registral del art. 18 de la LH se limitara a los asientos registrales en relación con el título cuya inscripción se pretende –como fue en un principio– se reduciría notablemente esa cantidad interminable de calificaciones negativas, recursos y resoluciones de la DG que distraen a la Administración, incluida la de Justicia, con

más que posible perjuicio a la ciudadanía y a los rogantes del ministerio notarial y registral.

No quiero cerrar este capítulo sin hacer referencia a la incompatibilidad, por razón de parentesco, del Notario instructor o del oficiante ex art. 22 LN; en estos supuestos el matrimonio no puede decirse que sea nulo y ello por cinco razones: la primera porque el art. 27 LN así no lo sanciona; la segunda porque la nulidad afectaría y perjudicaría a los dos contrayentes y no a uno solo como parece exigir el art. 28 LN; la tercera porque estos preceptos parecen tener por base el derecho patrimonial; la cuarta porque, a diferencia del proyecto, la ley no somete a turno estas actuaciones notariales, lo que determinaría más objetividad; y es la última porque así parece exigirlo el principio *favor matrimonii*.

Los motivos que anteceden influyen también en la flexibilidad con la que debe calificarse la idoneidad de los testigos que, tanto en el acta como en la escritura, son instrumentales y de conocimiento.

Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo al derecho de familia puro, al matrimonio, aunque en el instrumento conste el régimen económico matrimonial, bien *ex lege* o por haberse pactado en otro instrumento.

VIII. DERECHO TRANSITORIO: CUM ROMA LOQUIT TACET

Lo expuesto hasta ahora es aplicable a los matrimonios que se celebren a partir del 30 de junio de 2017, fecha en la que entran en vigor los artículos del CcE (disposición final primera), de la LRC (disposición final cuarta) y de la LN (Disposición final undécima) relativos al régimen jurídico del matrimonio y que en dichas disposiciones se especifican.

Lo que antecede no requiere reparo alguno por sancionarlo así la disposición final vigésimo primera 3. 5.

La problemática y la polémica surge a la vista de la disposición transitoria cuarta en cuanto parece ser que, siendo hasta esa fecha –30 junio 2017– competencia exclusiva del encargado del Registro civil la tramitación del expediente se reconoce potestad al Notario, entre otros operadores, para autorizar el matrimonio, competencia que provoca cierta extrañeza en cuanto que los precepto del CcE, LRC y LN que reconocen esa competencia notarial, no entran en

vigor hasta la mencionada fecha. Y es que una aparente disfunción se hace presente.

Nos estamos refiriendo, por ser más precisos, a los matrimonios celebrados entre el 23 abril 2015 y el 30 de junio de 2017.

La correcta interpretación de esta disposición transitoria cuarta exige puntualizar, a nuestro juicio, lo que sigue:

1. Que las disposiciones transitorias en general y esta en concreto tienen el mismo valor y rango normativo que el articulado del CcE, LRC y LN, siempre que estas disposiciones estén contenidas, como es el caso, en una ley del mismo o superior rango.

2. Que aunque la transitoria 4.^a 2 habla de expedientes iniciados antes del 30 de junio de 2017, y no menciona a los matrimonios celebrados antes de dicha fecha, ha de entenderse también comprendidos los matrimonios notariales y a ello lleva las siguientes consideraciones:

2.1. El argumento del absurdo pues no tiene sentido que a partir de esa fecha –30 de junio 2017– el Notario no pueda officiar matrimonios cuyos expedientes se tramiten por el Encargado del Registro y los tramitados antes si, aunque se celebren después de esa fecha; de ser las cosas así la *ratio legis* del art. 58.8 LRC (vigente a esa fecha de 30 de junio 2017) es de imposible búsqueda y hallazgo. Lo que sigue explica esta aparente confusión que ha sido deliberada y buscada por mi.

2.2. Esta disposición no es pues una excepción al art. 58.8. LRC referida a los matrimonios celebrados después de la consabida fecha y cuyos expedientes se hayan iniciado antes y no puede ser una excepción porque no se puede excepcionar un precepto que aun no está en vigor mientras que la disposición transitoria si lo está.

2.3. Corroborar lo expuesto las disposiciones transitorias primera, segunda, cuarta y decimotercera del CcE de las que parece lícito afirmar lo contrario de lo que se afirma (11): La disposición transitoria que se comenta no supone una excepción al art. 58.8 LRC, muy

(11) *Vide*, manteniendo una opinión contraria a la nuestra, Leal Paraíso

por el contrario, los matrimonios que se celebren después de esa fecha –30-junio-2017– y cuyos expedientes hayan sido tramitados antes de la misma por el Encargado del Registro Civil, no podrán ser autorizados por Notario.

Permítaseme concretar por si he provocado alguna duda: Los Notarios pueden oficiar los matrimonios, cuyo expediente tramita el Encargado del Registro Civil, desde el 23 abril 2015 al 30 junio 2017, los matrimonios posteriores a esta fecha, cuyo expediente sea anterior a la misma, no pueden ser autorizados por Notario porque ya está en vigor el art. 58.8 LRC que limita la competencia notarial a los matrimonios cuyo expediente o acta haya sido autorizado por Notario.

Así se obtiene la lógica, la *ratio* y quedan coordinados la disposición transitoria cuarta y el art. 58.8 LRC.

La discusión hoy es ociosa, vistas la Resolución Circular de 21 de julio y la Instrucción de 3 de agosto de 2015 DGRN que constituyen una interpretación autentica de la ley, unificación en la práctica y son de obligado cumplimiento.

Para este periodo comprendido entre el 23 de abril de 2015 y el 30 de junio de 2017, me remito a mi trabajo Escritura Matrimonial, publicado en notariosyregistradores.

Y así estimo que son las cosas porque *cum Roma loquit tacet*.

Mosqueruela 16 septiembre 2015

Antonio Ripoll Jaen.- Notario.

ANEXOS: ACTAS Y ESCRITURA

VIII.1. Actas.

VIII.1.1.

Numero

Acta de Notoriedad: Expediente matrimonial. Requerimiento inicial.

Fernando, Boda ante Notario antes del 30 de junio de 2017: Fundamentos legales para lo opinión negativa, pagina notariosyregistradores.

En

Ante mi

Comparecen:

Objeto: Me requieren a mi, el Notario, para acreditar por notoriedad el hecho de que tienen capacidad para contraer matrimonio sin concurrencia de impedimento alguno para celebrarlo entre si.

Declaración de competencia: Visto el domicilio de los requirentes yo, el Notario, me declaro competente para iniciar este expediente matrimonial, instrumentado en acta.

Juicio de capacidad: Los comparecientes tienen a mi juicio capacidad y les asiste interés legítimo para requerir la iniciación-apertura de este expediente matrimonial y subsiguiente declaración, si procediere, de la notoriedad pretendida.

Exposición:

I. Que su estado civil y domicilio es el consignado en la comparecencia, siendo veraces los demás datos que constan en la misma.

II. Que tienen proyectado contraer matrimonio entre si, les asiste capacidad jurídica y no concurre en ellos impedimento matrimonial alguno.

III. Que el domicilio que consta en la comparecencia no ha sufrido variación alguna desde su nacimiento, siendo el censo de población de derecho superior a los veinticinco mil habitantes, como es público y notorio, considerando por ello innecesaria la publicidad edictal.

IV. Que a los efectos anteriores proponen como testigo a D., mayor de edad, domiciliado, DNI, correo electrónico., amigo y vecino de los requirentes, a quien estiman idóneo.

V. Que designan como funcionario oficiante al Notario en este acto requerido y proponen como lugar de celebración del matrimonio la propia Notaria (Plaza....), el día..., a las dieciocho horas, si las necesidades del servicio programadas u otras extraordinarias no lo impiden.

Para el supuesto de que concurren circunstancias subjetivas obstructivas sobrevenidas, consienten en que el oficiante y autorizante de la escritura sea el Notario sustituto designado por mi y en su defecto conforme al cuadro de sustituciones.

VI. Que desean y consienten que las notificaciones y requerimientos que procedan se practiquen en su correo electrónico dumer@....

Aceptación: Siendo lícito el objeto y fin de este requerimiento es aceptado por mi, el Notario, que cumpla, a solicitud de los requirentes en este mismo acto y en diligencias separadas.

La declaración de notoriedad pretendida, si procediere, se hará en instrumento separado.

Prueba de confesión: Presentan con dicho carácter la parte positiva y advertidos por mi, el Notario, del delito de falsedad en documento público y lectura de los artículos 46 y 47 CcE, prometen, bajo su responsabilidad, que es verdad lo expuesto, extendiéndose a todos los datos suministrados obrantes en la comparecencia, ratificándose en su contenido.

Pruebas documental: Se integra por los DNI de los comparecientes que, a su instancia, testimonio y devuelvo los originales, sus certificados de nacimiento y los de empadronamiento, no constando en ellos el censo de población de derecho, de lo que se dispensa por la notoria evidencia, siendo superior al exigible para la publicidad edictal.

Protocolización: Queda protocolizada la prueba documental.

....

Diligencia.- Notificación y citación testigo: El mismo día de su autorización, siendo las doce horas, notifico al testigo, vía telemática, su proposición con tal carácter por los futuros contrayentes, señalándose para la práctica de la prueba, en mi Notaria (Plaza...), el día... a las a cuyo efecto queda citado.

Se protocoliza con esta matriz impresión de la notificación practicada, cuya recepción se acusa.

Doy fe.

Diligencia.- Prueba testifical: El día y hora señalados comparece ante mi, en la Notaria, D..., a quien identifico por su DNI, del que obtengo testimonio que protocolizo.

Advierto al compareciente de los requisitos exigidos para ser testigo, previa advertencia del delito de falsedad en documento público y lectura de los preceptos legales y reglamentarios pertinentes, declarando no hallarse incurso en ninguna de las causas que le inhabilitan para ello.

Yo, el Notario, considero al testigo idóneo, le leo el requerimiento que antecede, manifiesta ser amigo y vecino de los futuros contrayentes y requerido por mi dice, previa lectura de los arts. 46 y 47 CcE, “que tiene el convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna, no constándole la existencia de impedimentos matrimoniales.”

Leo.....

Doy fe.

Diligencia.- Notificación a los requirentes: El mismo día de la que antecede, siendo las..., notifico a los requirentes, vía telemática, que se accede a su propuesta sobre lugar, día y hora para la celebración del matrimonio y otorgamiento de la escritura, practicándose pues el señalamiento y quedando emplazados, si no hubiere impedimento legal que sería notificado.

Se protocoliza, con esta matriz, impresión de la notificación practicada, cuya recepción se acusa.

Doy fe.

VIII.1.2.

Numero

Acta de notoriedad: Expediente matrimonial. Declaración de notoriedad.

En...

Yo, Notario del..., con residencia en ..., vista el acta autorizada por mi el..., numero..., hago contar:

Que practicadas las pruebas que constan en dicho instrumento, vistos los preceptos legales pertinentes, declaro por notoriedad el hecho y califico que los requirentes X y X tienen capacidad legal general y especial para contraer matrimonio entre si, sin que existan impedimentos, siendo su regionalidad civil común y el régimen económico matrimonial, a falta de capítulos, el legal de gananciales del CcE.

Con esta declaración de notoriedad queda concluido el expediente matrimonial.

Yo.....

Nota: El mismo día de su autorización pongo nota de conclusión del expediente en el acta de referencia.

Nota: El mismo..expido copias...Doy fe.

VIII.2. Escritura.

Numero

Escritura celebración de matrimonio.

En..., calle..., mi notaria, a ..., siendo las doce horas.

Ante mi.

Comparecencia:

XX y XX (12)

XX y XX

Regionalidad: Civil Común.

Intervención: Los dos primeros en nombre propio, como contrayentes, y los siguientes en calidad de testigos propuestos por aquellos.

Juicio de capacidad: Los contrayentes tienen a mi juicio la capacidad legal necesaria para el negocio jurídico matrimonial y los testigos, a quienes he leído los preceptos pertinentes, declaran, advertidos del delito de falsedad en documento público que no incurrir en incapacidad o inhabilitación alguna, por lo que los considero idóneos.

Competencia: Yo, el Notario, me declaro competente por haber sido elegido por los contrayentes y así consta en el expediente matrimonial que se dirá.

Exposición.

I. Que en actas autorizada por mi el...y el..., números..., consta el expediente matrimonial previo a este acto que tengo a la vista y está vigente. (13)

(12) Deberán expresarse los datos identificativos de la inscripción de nacimiento de los cónyuges y su filiación, a efectos de las preceptivas notas marginales que las practicará de oficio el encargado del Registro o –en el periodo transitorio– hará la comunicación al registro competente.

(13) Las actas no es necesario protocolizarlas, ya que en la escritura matrimonial constan todos los datos para la inscripción exigidos por el art. 259 RLRC que regula también el matrimonio por poder y con intérprete y además, siendo el Notario instructor y el oficiante el mismo, obra en el pro-

II. Que dicho expediente concluyó con resultado positivo, afirmando la capacidad de los contrayentes para celebrar matrimonio entre si y la inexistencia de impedimentos legales así como el régimen económico matrimonial que es el legal de gananciales del CcE.

III. Que los comparecientes se ratifican en su capacidad para contraer matrimonio y en la inexistencia de impedimentos legales, sin que, después de concluido el expediente haya sobrevenido causa alguna modificativa de esta declaración ratificante.

IV. Que persiste su voluntad de celebrar el matrimonio proyectado.

Celebración del matrimonio:

I. De conformidad con lo previsto en el art. 58 CcE, yo, el Notario, procedo a la lectura de los arts. 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal.

II. Preguntados por mi, el Notario, cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo celebran, contestan ambos afirmativamente.

III. Siendo esta la voluntad de los contrayentes, yo el Notario, en el ejercicio de la autoridad que la Ley me confiere, declaro que XX y XX quedan unidos en matrimonio. (14) (15).

Este acto ha tenido lugar ante los testigos, en el local de mi notaría abierto al público.

Las declaraciones de voluntad quedan amparadas por la fe pública notarial y han sido emitidas libremente, previa información jurídica.

Control notarial de legalidad: Se han observado en la celebración de este matrimonio todas las prescripciones legales.

toloco. Ello no obstante la Instrucción y resolución circular de 2015 exigen la protocolización sin distinción alguna.

(14) No hemos de entender que la fórmula empleada, que es la del art. 58 CcE, sea sacral, por lo que su infracción no determina la nulidad del matrimonio pero si la responsabilidad del Notario autorizante. Hay que evitar formulas contrarias al carácter aconfesional del Estado o que falseen el régimen jurídico del matrimonio.

(15) Atención! No incurrir en el desliz, marcado por la tradición: “Yo, el Notario, os declaro marido y mujer”, nunca se empleará esta fórmula, sea el matrimonio homosexual o heterosexual; así se evitan errores.

.....

Diligencia.- Nota en las actas de referencia para hacer constar la celebración del matrimonio.

Nota.- El mismo día de su autorización remito copia electrónica al Registro Civil.

Nota.- El mismo día de su autorización expido copias para los contrayentes...

ABREVIATURAS

Art. Artículo.

Arts. Artículos.

C. Constitución Española.

CcE. Código civil Español.

CDc. Código de Comercio

CGN. Consejo General del Notariado.

DG. Dirección General de los Registros y del Notariado.

LH. Ley Hipotecaria.

LJV. Ley Jurisdicción Voluntaria.

LN. Ley del Notariado.

LRC. Ley Registro Civil.

RLRC. Reglamento Ley Registro Civil.

RN. Reglamento Notarial.

BIBLIOGRAFÍA ¿MUNDIAL? DE DERECHO DE FAMILIA (2005-2014)

(Parte II)

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho Civil
(Universidad de Zaragoza)

SUMARIO

- III. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN LIMITADA
 - 1. Europa: a) Bélgica; b) Chequia; c) Escocia; d) Eslovenia; e) España; f) Italia; g) Macedonia; h) Serbia y Montenegro
 - 2. América: a) Argentina; b) Brasil; c) Costa Rica; d) Puerto Rico
 - 3. Asia: a) Irán y Armenia; b) Israel; c) Japón; d) Kazajstán; e) Malasia; f) Sri Lanka
 - 4. Oceanía: a) Islas del Pacífico.
- IV. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN OCASIONAL
 - 1. Europa: a) Albania; b) Bulgaria; c) Finlandia; d) Grecia; e) Rusia; f) Turquía
 - 2. América: a) Islas Bahamas; b) Chile; c) México
 - 3. África: a) Botswana; b) Camerún; c) Ghana; d) Kenya; e) Lesotho; f) Malawi; g) Mozambique; h) Namibia; i) Nigeria; j) Sierra Leona; k) Tanzania; l) Uganda; m) Zambia; n) Zimbabue
 - 4. Asia: a) Azerbaiyán; b) Hong Kong; c) Singapur
 - 5. Oceanía: a) Papúa Nueva Guinea
- V. A MODO DE CONCLUSIONES

III. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN LIMITADA

Reiterando las razones que han aconsejado agrupar en este apartado cierto número de crónicas de bibliografía familiar del último decenio de IS, conviene recordar que no se trata de una característica permanente o definitiva de los países concernidos, sino, muchas veces, una nota puramente circunstancial o temporal. El periodo de tiempo elegido es, en principio, lo suficientemente dilatado para que se percibiera, en la doctrina respectiva, la necesidad de informar. Y, además, el no haberlo hecho de forma tal que hubiera sido incluida la crónica en el apartado anterior ha podido deberse a causas muy variadas, voluntarias o involuntarias. Así escasez en el país de doctrina familiarista, o carencia de una doctrina mayoritaria. Falta, acaso, de interés por el derecho comparado. O, más genéricamente, falta de disponibilidad del autor habitualmente encargado de redactar la crónica. También figuran en este apartado varios países europeos, liberados recientemente de la tutela de la URSS, que pugnan por democratizar a fondo su sistema jurídico, lo que conlleva habitualmente plazos más o menos dilatados de reflexión y debates prolongados en los respectivos parlamentos. Hay también varios Estados compuestos, con diversidad de grado de desarrollo en Derecho de familia. En definitiva, para redactar este apartado ha parecido oportuno aprovechar la existencia de una o varias crónicas bibliográficas que contuvieran alguna dimensión o proyección de alcance general. Ya se comprende que la diversidad es continentalmente amplia, y debe advertirse que tampoco obedece la presencia de tales países a razones exclusivamente religiosas, aunque en algunos casos las mismas han podido estar presentes.

1. Europa

a) Bélgica:

IS2010 (p. 51-62): Jehanne SOSSON (Univ. Católica de Lovaina), *Recent evolutions (or revolutions) in Belgian Family Law*.

Afirma la autora que no bastaría decir que el Derecho familiar belga se ha modificado profundamente en el último decenio. En efecto, en los primeros años del siglo XXI se ha producido una gran

ventolera (para algunos, se habría desencadenado una verdadera *¿tempestad?* de reformas), de la que ningún ámbito familiar se ha librado. Cabría preguntarse si ello ha sido para mejor. Siempre es muy delicado hacer valoraciones, aunque todo jurista tiene su propia convicción para enjuiciar la norma en su caso. Al menos puede valorarla técnicamente pues los textos legales resultan a veces votados apresuradamente por voluntades políticas contradictorias, lo que origina perplejidades crecientes al jurista y al juez. En general, el matrimonio ya no es el único modelo de vida en común de una pareja según el derecho belga. A su lado, la cohabitación es una alternativa productora de efectos esencialmente patrimoniales. Desde 2003 el matrimonio se ha transformado, pues se permite su celebración entre dos personas del mismo sexo. En 2007 el divorcio por culpa ha sido sustituido por el divorcio causado por una desunión irremediable. La crónica analiza en detalle éstas y otras reformas.

Inicialmente el matrimonio era el único modelo de convivencia regulado por la ley, estableciendo para los cónyuges un cambio de su estado civil, presumiéndose entre ellos la mutua protección. La Ley de 23 noviembre 1988 (en vigor desde el 1 enero siguiente) introdujo una alternativa, a saber, la figura de la cohabitación legal, no muy atractiva para las parejas heterosexuales, pero la única modalidad hábil para los homosexuales que no podían casarse. Surge de la declaración de dos personas mayores de edad, de cualquier sexo, ante el encargado del RC. Origina escasos efectos personales pues no afecta al estatus ni crea deber de fidelidad ni deber de asistencia recíproca, tanto durante la vida en común como después de su ruptura. Sin embargo, los cohabitantes están obligados a contribuir, en proporción a su capacidad, a los gastos de la vida común. Hay protección jurídica de la vivienda y del mobiliario que utilizan, y responsabilidad conjunta para satisfacer las necesidades de la vida en común y de la educación de los hijos comunes. Las ganancias obtenidas durante la cohabitación corresponden a cada cohabitante. Pero la falta de prueba sobre la propiedad de algún bien hace nacer una comunidad de bienes entre los cohabitantes. Cabe pactar ante Notario sobre el régimen de estos bienes. A los cohabitantes se les aplica el régimen fiscal del matrimonio, pero hay diversidad de regímenes fiscales en Bruselas, Flandes y Valonia. Inicialmente, de la cohabitación legal no surgían derechos sucesorios, pero la Ley de 28 marzo 2007 otorga al cohabitante supérstite el usufructo de

la vivienda y mobiliario común. La cohabitación se extingue por declaración conjunta ante el oficial del RC, y también por declaración unilateral ante el RC, sin alegación de causa, notificada al otro. No se alteran las normas sobre filiación no matrimonial. La mera cohabitación fáctica carece de efectos jurídicos, pero algunas resoluciones judiciales aplican por analogía el régimen de la cohabitación registrada.

La Ley de 13 febrero 2003, con entrada en vigor el 1 junio 2003, autoriza a los homosexuales a contraer matrimonio, con igualdad de requisitos y efectos como a los heterosexuales, salvo la presunción de paternidad. La Ley de 18 mayo 2006 les permite también adoptar.

La Ley de 27 abril 2007, en vigor desde el 1 septiembre siguiente, deroga el divorcio por culpa e introduce el divorcio por mutuo consentimiento y por la ruptura irremediable. Puede pedirse pensión de alimentos si uno de los ex-cónyuges demuestra su estado de necesidad, pero con el límite de la tercera parte de los ingresos del obligado y con carácter temporal.

En materia de filiación la Ley de 31 marzo 1987 eliminó las diferencias de trato legal entre la filiación legítima y la ilegítima. Después de algunas decisiones del TC se reformó por Ley de 1 julio 2006, en vigor desde 1 julio 2007, modalizando algunas soluciones legales (así el reconocimiento materno de la filiación no matrimonial puede ser considerada por los tribunales como contrario al interés del menor).

Algunos temas no se han regulado, como la refundición general de la adopción, las técnicas de reproducción asistida y el destino de los embriones excedentes y la responsabilidad parental compartida. Otros siguen debatiéndose, como la maternidad subrogada o la *social parenthood*.

IS2011 (p. 87-102): Frederik SWENNEN (Univ. Antwerp), *Levering the functioning of families with family (self-)governance?*

Se trataría de un nuevo sector de la actividad práctica de los despachos de Abogados, la *gobernanza familiar*, consistente en la utilización de instrumentos legales privados, tal como los contratos, con el objetivo de organizar la adhesión entre los miembros de una familia, determinar los derechos y obligaciones que les corresponden en cuanto tales, y la gestión de los conflictos en el interior de

aquella. Así se consideraría a la familia como organización privada sometida a la *buena gobernanza*. Esta gobernanza familiar tendría parecido con el régimen de las Casas premodernas (*Hausgesetze, Lois domestiques*), de las Familias reales, nobiliarias, etc. En la época moderna, el gobierno de la familia en tal sentido se ha considerado competencia de la autoridad pública aplicándose reglas legales familiares pertenecientes a dicha esfera de actuación. El problema actual es decidir si tal auto-gobierno familiar es compatible con la política pública dentro del Estado de derecho y si permite aplicar la doctrina de los derechos del hombre. El autor hace una breve exposición histórica, indicando que, por ejemplo, el TC alemán ha declarado compatibles con la Constitución de Bonn los derechos de la Casa de Leiningen, y sólo parcialmente los de la rama prusiana de los Hohenzollern. El art. 3.º de la Constitución de Liechtenstein se refiere expresamente a los derechos del Principado en la determinación del sucesor.

Partiendo de su experiencia profesional, el autor escribe que *today family governance experiences a 'rebirth'*. En primer lugar, tal renacimiento lo concreta en los aspectos fiscales, como anticipar el parecer de los miembros de la familia ante la futura transmisión del patrimonio, con asistencia de toda clase de expertos en relación con los impuestos sucesorios para prevenir conflictos. En segundo lugar, en relación con los aspectos no patrimoniales, se recuerda que está emergiendo en los EEUU un movimiento inspirado en razones maternas (*working mom time management*), y también religiosas que promueve el reforzamiento de los vínculos familiares a través de las sucesivas generaciones. Muy interesante resulta la detallada investigación comparativa sobre la aplicación horizontal práctica de los derechos humanos (1).

b) Chequia

Puede decirse que este país centroeuropeo acaba de culminar un largo periplo histórico en búsqueda de su propia identidad. Después

(1) No abundan trabajos de este tenor en España. Algunos aspectos particulares han recibido mayor atención recientemente, como el de los protocolos familiares con perspectiva empresarial, dotados, incluso, entre nosotros con alguna regulación normativa.

de lograr salir de la órbita soviética, ha vivido amistosamente la separación con Eslovaquia –cuya crónica se expondrá más adelante–, lo que ha influido en la determinación de su Derecho Familiar. En general, sobre la problemática específica de los países poscomunistas del Este europeo, la ISFL organizó en Praga, durante el año 1998, un Congreso en el que intervino especialmente el Prof. J. HADERKA con su conferencia introductoria *Basic features of the legal regulation of the Family Law in the post-totalitarian states of Central and Eastern Europe*. El mismo autor se ha dedicado especialmente al Derecho checo: *The Czech Republic-New Problems and old worries* (The International Survey 1996, p. 181-197); *A Half-Hearted Family Law Reform of 1998* (id. 2000. p. 119-130). Las dos crónicas aquí referenciadas vienen a ser complementarias, aunque la segunda podría considerarse la fundamental para conocer, en una panorámica general, el Derecho familiar checo vigente.

IS2009 (p. 157-173): Zdeňka KRÁLÍČKOVÁ (Univ. Masaryk), *Czech Family Law: The right time for re-codification*.

Pese a los cambios radicales ocurridos en los países provenientes del hundimiento del bloque soviético, el legislador checo ha dudado en realizar reformas durante mucho tiempo. Así, en lugar de una recodificación por ruptura se ha procedido a realizar enmiendas sectoriales sin tener delante una visión global del Derecho de Familia (DF). Con todo se han aprovechado las modificaciones en sentido positivo, necesarias desde 1989, especialmente en el ámbito de los derechos del hombre. La crónica se dirige a criticar el estado del DF en la República Checa. Luego de criticar las reformas realizadas en los años 90, se hacen propuestas a la hora de elaborar un CC. Las líneas generales que se propusieron por el Ministro de Justicia en 2001 y la publicación del Anteproyecto de CC en 2005 han permitido un debate general, tomando por base el que el DF se incluía dentro del último texto. En el verano de 2008 se ha publicado una versión reelaborada del Anteproyecto, que ha originado nuevos comentarios y análisis suplementarios. Finaliza exponiendo sus deseos personales sobre el tema (p. 172 s.).

IS2014 (p.71-95): Zdeňka KRÁLÍČKOVÁ, *New Family Law in the Czech Republic: Back to traditions and towards modern trends*.

Al igual que ha ocurrido en otros antiguos países comunistas, en

Chequia no se esperaban grandes reformas familiares en tanto no se promulgara un nuevo Código civil (recodificación). Ciertamente, en los últimos años ha habido varios intentos de reformas familiares inspiradas por diversos autores. La elaboración del CC ha sido larga y compleja, y su promulgación se ha producido por Ley 89/2012, entrando en vigor el 1 enero 2014. Puede calificarse de un *compromiso razonable* entre tradición y modernidad. Además algunas reformas se habían adoptado ya en 1989, sin olvidar el impacto posterior de las resoluciones del TC checo y del TEDH de Estrasburgo. En cambio hay *discontinuidad* con algunas reformas del propio CC y de la legislación de desarrollo (así la Ley 2/2002 permite la celebración del matrimonio en forma religiosa). El autor desarrolla los puntos siguientes:

- Principios generales del nuevo Derecho civil y Derecho de familia:

- la aplicación del Derecho privado es independiente de la aplicación del Derecho público (art. 1.1 CC);

- predominio de la autonomía de la voluntad del sujeto, de modo que solamente están prohibidos los acuerdos que contravienen “las buenas costumbres, el orden público o los derechos relativos al estatus de la persona, incluyendo la protección de la personalidad” (art. 1.2 CC). Son de orden público, por ejemplo, las reglas relativas a la celebración y a la extinción del matrimonio y las que reconocen y deniegan la paternidad y maternidad. El régimen matrimonial de bienes pertenece, en principio, a la autonomía de la voluntad de los cónyuges;

- por virtud del efecto horizontal de las normas constitucionales, el nuevo CC y, por tanto, el DF, deben respetar los derechos humanos contenidos en los Tratados internacionales ratificados por Chequia, y deben ser interpretados conforme a éstos;

- el art. 1.8 CC. establece expresamente la prohibición del abuso del derecho;

- en particular, el art. 3.2 CC establece expresamente que el Derecho privado se basa en que: (i) Todos tienen el derecho a la protección de su vida y salud, y también a la libertad, buena fama, dignidad y privacidad; (ii) la familia, la paternidad, la maternidad y el matrimonio gozan de especial protección; (iii) nadie debe sufrir

perjuicio indebido por ser menor de edad, enfermo mental o estar en situación de dependencia; pero nadie podrá indebidamente aprovecharse de su incapacidad en detrimento de los demás; y (iv) toda promesa hecha es vinculante y los contratos deben ser cumplidos.

- Matrimonio, cohabitación y partenariado registrado.

El CC establece que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer, y es una unión permanente establecida legalmente. La finalidad del matrimonio es establecer una familia para la educación de los hijos y la mutua y recíproca ayuda de los cónyuges, que refleja el principio de solidaridad. El divorcio es un modo legal de extinguir el matrimonio. La protección de la familia matrimonial debe completarse con la necesaria mención de que las uniones informales están protegidas por el art. 8 de la Convención europea de 1950, aunque si una pareja cohabitante tiene hijos experimentará alguna discriminación en relación con la situación legal de los padres casados. El CC no regula el partenariado inscrito, cuya regulación por Ley 115/2006 considera en vigor el autor.

Bajo la legislación comunista regía el sistema de matrimonio civil obligatorio, pero la Ley 3/2002 admitió como facultativo el sistema del matrimonio celebrado ante las confesiones religiosas inscritas oficialmente. En ambos casos debe preceder el expediente matrimonial. La edad matrimonial es de 18 años, pero el Tribunal puede excepcionalmente autorizar la celebración a los menores de 16 años. Se permite el cambio de sexo después de una intervención quirúrgica cuyos efectos arrancan de la fecha del certificado expedido por un facultativo, y producen la extinción del matrimonio o cohabitación anteriormente inscritos. El matrimonio civil se perfecciona cuando el hombre y la mujer declaran pública y solemnemente, en presencia de dos testigos, su voluntad de contraerlo. Caben diversos acuerdos entre los cónyuges sobre el apellido que usarán en el futuro. El matrimonio es aparente (*putativo*) si la autoridad religiosa no llegó a autorizar el matrimonio, o nulo de pleno derecho (*non matrimonium*) por ej. en caso de bigamia. Luego se exponen los derechos y los deberes de los cónyuges y las causas de disolución del matrimonio. La única causa de divorcio es la ruptura profunda, permanente e irreparable de la vida en común, de modo que no cabe esperar su recuperación. Se contempla la *cláusula de*

dureza en favor de los hijos menores o del cónyuge que no solicita el divorcio, cuya prueba impide declararlo. En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio, el nuevo CC contiene un nuevo régimen de la pensión de alimentos en favor del ex-cónyuge necesitado.

- Parentesco y adopción.

El nuevo CC se inspira en los principios tradicionales del parentesco de sangre, tal como se contienen, por ejemplo, en el AIBGB austriaco (2), mientras que la regulación de la adopción sigue las directrices de la actual normativa internacional. Bajo el régimen comunista se prescindió de la adopción de mayores de edad, considerada como un *prejuicio burgués*, pero se ha admitido en el nuevo CC .

- Responsabilidad parental.

El principio de la responsabilidad parental fue introducido en la Ley de 1998, pero tenía antecedentes bajo el régimen comunista desde 1948. En ambos casos se mencionan principios similares. Igualdad de derechos y deberes en las relaciones entre los progenitores y sus hijos con independencia de que el menor haya nacido dentro o fuera del matrimonio. Con todo se advierte que el tema está ideologizado, sin que dejen de subsistir algunas discriminaciones que el TC trata de eliminar en sus recientes fallos.

La valoración final del autor es que se ha realizado un *compromiso razonable* teniendo en cuenta las tradiciones y los nuevos fenómenos, modelos y tendencias. La familia sigue considerándose un área legal relativamente conservadora en la que se entrecruzan elementos culturales, religiosos, tradicionales y mitos. Puede hablarse por lo general de *continuidad*, y también de alguna *discontinuidad* en temas relacionados con la Constitución y el TEDH.

c) Escocia

Después del fallido referéndum de 2014 sobre la independencia de este territorio respecto del Reino Unido, con sus eventuales ulte-

(2) Se menciona como hecho significativo el incremento de las denominadas *baby-boxes* para facilitar el abandono de niños cuyas madres desean un alumbramiento anónimo, y que a partir de 2005 se sostienen con aportaciones privadas.

riores consecuencias sobre la posible ampliación de sus facultades legislativas en materia de Derecho familiar, se ha incrementado el interés comparativo que implica la existencia, en el Reino Unido, de un Derecho escocés de Familia, cada vez más diferenciado del inglés. Las cinco crónicas publicadas en el decenio considerado muestran la singularidad de un régimen mixto (*Civil Law-Common Law*) que subsiste en territorio europeo. El punto de partida de la situación actual se sitúa en el 12 mayo 1999 cuando el Dr. Winnie Ewing pronunció, en la primera sesión del Parlamento escocés, la siguiente frase: *The Scottish Parliament, which adjourned on 25 March 1707, is hereby reconvened.*

IS2005 (p. 463-481): Elaine E. SUTHERLAND (Univs. de Glasgow y Portland), *Offending and offensive young people: Why mandatory parenting education is not the answer.*

Esta crónica se limita a desarrollar exclusivamente un punto muy particular. Hasta ahora los padres escoceses, para cumplir mejor sus obligaciones legales respecto de sus hijos, podían solicitar ayuda y asistencia de parte de las agencias gubernamentales o privadas. El panorama cambia al entrar en vigor la *Antisocial Behaviour etc. (Scotland) Act 2004* inspirada en modelos recibidos de EEUU a través de Inglaterra y del País de Gales, que impone a los padres con hijos conflictivos someterse a una formación extraña a la cultura escocesa. En lugar de una adecuada preparación solicitada por los padres interesados, se les puede obligar por dicha ley a seguir enseñanzas, de hasta un año de duración, que conducen, en algunos casos, a establecer la responsabilidad civil y hasta penal de los progenitores por la mala conducta de sus hijos menores. La autora analiza algunos supuestos y pone en duda la eficacia de tal formación obligatoria, con riesgo de estigmatizar la auténtica formación dirigida a ejercer la responsabilidad parental y de perjudicar a los propios menores, siendo origen de discriminación para las familias más desfavorecidas, y causa de despilfarro de recursos económicos limitados. Además de violar eventualmente la Ley sobre Derechos humanos de 1998, si se imponen trabajos forzados a los progenitores. A juicio de la autora, se hace recaer exclusivamente sobre los padres las consecuencias de situaciones muy variadas, atribuibles a los menores tanto en calidad de víctimas como de responsables, con efectos civiles y penales para los primeros.

IS2006 (p. 329-355): Alastair BISSET-JOHNSON (Univ. Dundee), *Cases from the trenches but only modest legislative responses*.

Escocia dispone de un sistema jurídico civil distinto del inglés, comprendiendo el Derecho de Familia, y, a partir de 1999, con un Parlamento competente en las materias en él delegadas. La Crónica expone la evolución legislativa más significativa hasta el 1 julio 2005, con base en la *Family Law (Scotland) Bill 2005*. Se trata de una verdadera *Ley ómnibus* que reforma el divorcio, la cohabitación de hecho y otras materias menores (impedimento de afinidad, domicilio del menor, vivienda familiar). De momento se conserva el tradicional *marriage by cohabitation with habit and repute*, aunque de rara aplicación en la práctica.

IS2009 (p. 389-424): Elaine E. SUTHERLAND (Univs. de Stirling y Portland), *What has a decade of devolution done for Scots Family Law?* (3)

Al cumplirse diez años de la creación del Parlamento escocés la autora hace un balance de su labor en el ámbito familiar que valora como de gran actividad, habiendo legislado sobre la condición jurídica de los menores, la posición jurídica de los progenitores no casados, la adopción, protección en general del menor, matrimonio, motivos del divorcio y de la disolución del partenariado o cohabitación inscrita, efectos de esta última, situación de los concubinos durante la unión y después de su ruptura. Ha colaborado, además, con el Parlamento de Westminster en el reconocimiento del género, en la creación de la nueva unión civil y en la ley sobre procreación asistida. Al tratarse de una especialista en Derecho de Familia (4) puede decirse que esta extensa crónica constituye una excelente introducción al DF escocés, con abundante jurisprudencia y doctrina. Sin olvidar algunos significativos datos sociológicos (5). La valora-

(3) La crónica se dedica a la memoria del Prof. Emeritus Alastair BISSET-JOHNSON, fallecido en Dundee (Escocia) el 9 julio 2008, fundador de la ISFL, colaborador habitual de IS y profesor en varias Universidades del Reino Unido, Australia, Canadá y, finalmente, en Escocia.

(4) Ha publicado varias obras generales en la materia: *Child and Family Law* (W. Green, Edinburgh, 2.^a ed. 2008); *Family Law* (W. Green, Edinburgh, 2.^a ed. 2008); y en colaboración con A. CLELAND, *Children's Rights in Scotland* (W. Green, Edinburgh, 3.^a ed. 2009).

(5) Escocia tiene una población de poco más de 5 millones de habi-

ción de tales reformas exige partir de la aludida función complementaria que el Parlamento escocés ejerce respecto del de Westminster, actuando por vía de delegación. Se pone de relieve lo logrado en el campo de la igualdad, en el respeto a la diversidad, la autonomización y la protección (p. 422 ss.).

IS2011 (p. 335-368): Elaine E. SUTHERLAND, *'The easing of certain legal difficulties': Limited legal recognition of cohabitation under Scots Law*.

Hasta 2006 la ley no definía el estatus de los concubinos. La Ley de esta fecha regula el régimen de bienes durante el concubinato y su reparto al extinguirse en caso de separación o muerte. Pero en el orden personal no se reconoce un estado civil como el de los casados o el de los cohabitantes inscritos. Sólo trata de resolver algunos problemas y a corregir situaciones que se consideraban injustas. La experiencia de su aplicación aconseja revisarla y reflexionar sobre su objetivo. Se analiza la jurisprudencia recaída.

IS2013 (p. 333-342): Elaine E. SUTHERLAND, *Can Family Law be rendered more accessible?*

La autora desarrolla aquí un tema más bien perteneciente a la política general. La dispersión de textos legales relativos a la infancia no facilita su comprensión por la sociedad, ni el conocimiento del derecho en vigor. Tal hecho representa una frustración para los juristas y significa una misión casi imposible para los restantes profesionales. Dado que el sector de la población menos formada utilizará probablemente los servicios de asesores o consejeros no juristas, resulta imperioso hacer más accesibles las fuentes del derecho escocés. Es ilusorio creer que, por ejemplo, los textos sobre la infancia y la familia puedan presentarse de modo que todos los entiendan, pero codificarlos facilitaría, al menos, la tarea de todos.

tantes; el matrimonio sigue siendo institución popular, aunque los 40.000 matrimonios celebrados en 1979 se han reducido en 2009 a poco más de 30.000; con la nueva ley de unión civil, en 2005 se inscribieron un total de 84 uniones, siendo 1.047 en 2006, y reduciéndose a 688 en 2007; no hay estadísticas fiables sobre las meras uniones de hecho no inscritas, apuntando la autora que pueden llegar a ser, en total, en torno a 300.000. La legislación no admite el matrimonio homosexual.

La autora comenta la situación creada en Escocia después de 1998, así como los trabajos encomendados al Prof. Clive por la *Scottish Law Commission*, que no llegaron a su culminación pese al interés suscitado por la intención de dicho autor de elaborar un *Scottish Child and Family Code*. (¿Podría considerarse un replanteamiento sociológico del clásico *ignorantia iuris non scusat*?)

d) Eslovenia

IS2006 (p. 395-406): Suzana KRALJIĆ (Univ. de Maribor), *Legal regulation of adoption in Slovenia-Do we need changes?*

Se estudia la adopción en el Derecho esloveno, regulada por la Ley de 1976 sobre las relaciones del matrimonio y de la familia. Se exponen sus caracteres esenciales (requisitos legales tanto en relación con el menor como respecto de los adoptantes, las fases del procedimiento adoptcional, que es competencia de órganos administrativos, sus clases y efectos, y su eventual anulación). Dado que en el país hay más peticiones para adoptar que menores susceptibles de ser adoptados, se intenta utilizar la regulación de la adopción internacional (como ocurría ya en el interior de la antigua Yugoslavia en relación con las regiones más pobres). Las adopciones que antes se realizaban con Kosovo, Macedonia y Bosnia Herzegovina ahora se han transformado en internacionales. Además en 2006 Eslovenia ha firmado un acuerdo internacional con Macedonia sobre adopción. En la práctica se formalizan pocas adopciones internacionales, pese a que Eslovenia ha suscrito el Convenio de 1989. La autora sugiere que se preste mayor atención a una adecuada preparación de los candidatos a adoptar, que resulta distinta y más compleja que la requerida para las adopciones nacionales. También sugiere que se modernice la todavía vigente Ley de 1976.

IS2008 (p. 367-377): Viktorija ŽNIDARŠIČ SKUBIC (Univ. de Liubliana), *The reform of Slovenian Family Law: Property relations between spouses*.

Después de la nueva Constitución de 1991, se estudia la elaboración de un Código de Familia que sustituya a la Ley de 1976. La autora se centra en cuestiones como la elección de régimen económico por los cónyuges, que no autorizaba antes el modelo comunista (que obligaba al de comunidad de bienes).

IS2008 (p. 379-393): Suzana KRALJIĆ, *The position of children after visitation reform: Better or still lacking?*

Después de la Ley sobre el matrimonio y las relaciones familiares de 2004, el derecho de relacionarse los hijos con sus padres sólo puede limitarse excepcionalmente si contradice el interés del hijo. En caso de divorcio puede decretarse la guarda conjunta que implica decidir de común acuerdo sobre su educación. También se reconoce el derecho del menor a relacionarse con terceros, familiares o no, cuyo derecho de visita puede colisionar con el de los padres. La autora opina que los progenitores deben colaborar para la efectividad de aquél.

IS2009 (p. 441- 453): Suzana KRALJIĆ y Tjaša IVANC (Univ. de Maribor), *Discrimination of romani children in Slovenia-Positive or negative?*

En la crónica se analiza el estatuto jurídico de los gitanos en Eslovenia (6), que se menciona en la Constitución, y es objeto de varias leyes. Estiman los autores que su situación es desventajosa en relación con los demás ciudadanos eslovenos en cuanto a sus condiciones de vida. Aunque los gitanos se integran adecuadamente en la Escuela Primaria y se benefician de un marco profesional para ingresar en el mundo laboral hay, sin embargo, algunas reservas en cuanto a la enseñanza en general, pese a que el sistema escolar favorece la conservación de su lengua, cultura y tradiciones.

(6) En los registros de la diócesis de Zagreb del siglo XIV está documentada la presencia de gitanos en dicha ciudad. Hoy se concentran sólo en algunas localidades de mayor número de habitantes, en las que viven separadamente del resto de la población. Bajo el régimen de la antigua Yugoslavia hubo algunos flujos migratorios en su interior por razones diversas, aunque no parece que esos emigrantes hayan arraigado definitivamente en este territorio. En el censo de 2002 se inscribieron 3.246 gitanos, pero los autores creen que viven en Eslovenia actualmente entre 8.000 y 10.000 personas de esta raza. Todavía, la mayoría de los eslovenos mantienen una actitud negativa respecto a esta minoría, pero áquellos opinan que partiendo de la acción escolar sería posible lograr superar tal situación con la ayuda financiera del estado (p. 453).

IS2012 (p. 315-332): Suzana KRALJIĆ y Iva GAJŠEK (Univ. de Maribor), *Critical views on the performance of Foster Care in Slovenia*.

Las familias de acogida representan una solución subsidiaria para la protección de los menores cuando los padres no pueden o no quieren ocuparse de ellos. Mediante ellas el Estado cumple con su deber de protección. El acogimiento ha sido una institución tradicional, no exenta de ciertas opiniones sociales peyorativas en su respecto, pero hasta 2002 no ha existido una regulación, y por ello las autoras, después de un decenio de aplicación, se proponen examinarlo, sugiriendo en su caso algunas mejoras. En mayo de 2012 había en Eslovenia un total de 1097 menores en familias de acogida, y se han detectado abusos sobre todo por parte de acogedores profesionales que se hacen cargo de un número de acogidos mayor que el legalmente permitido. De aquí la paradoja de que, a veces, los menores teóricamente protegidos sufren tratos más severos que en sus hogares de origen. Por ello proponen una elección más cuidadosa de los acogedores por parte de las autoridades administrativas y judiciales que intervienen.

e) España

IS2006 (p. 431-438): Gabriel GARCÍA CANTERO, *Family Law reform in differing directions*.

En esta crónica me ocupo de las siguientes Leyes: 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad; 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos; 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio admitiendo la celebración del matrimonio homosexual, tema ampliamente polémico en la doctrina; y 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio.

IS2008 (p. 409-434): Miquel MARTÍN-CASALS (Univ. de Gerona) y Jordi RIBOT (Univ. de Gerona), *The postmodern family and the agenda for radical legal change*.

Desde 2004 el legislador español ha puesto en marcha un calendario de reformas radicales en Derecho de Familia, en el que figuran

especialmente el matrimonio entre personas del mismo sexo, la mejora del estatuto legal de las personas transexuales y una reforma del divorcio cuyo objetivo es rellenar las lagunas de la legislación precedente. Algunos de estos cambios reflejan la evolución de los valores familiares, lo que no ha impedido una resuelta oposición de ciertos grupos sociales. Además, dado que el proceso de post-modernización de la familia española no ha concluido, se impone vigilar la aplicación de algunas de estas nuevas reglas en la práctica jurídica diaria. Esta exposición panorámica se propone explicar las realidades sociales y las políticas que sustentan estos cambios y quiere verificar cómo estos cambios se armonizan con el actual paisaje jurídico.

IS2010 (p. 337-365): Miquel MARTÍN-CASALS y Jordi RIBOT, *Damages in family matters in Spain: Exploring uncharted new land or backsliding?*

En la doctrina familiarista española hay gran número de trabajos publicados en 2009 sobre el ejercicio de acciones civiles entre cónyuges para reparar el daño causado a uno de ellos por la ruptura legal del matrimonio, o a los hijos comunes por incumplimiento de los deberes paternos. La STS de 30 junio 2009 ha suscitado reclamaciones ante tribunales inferiores ejercitadas después de haberse estimado la acción de impugnación de paternidad. Los autores opinan que estas reclamaciones de daños y perjuicios están poco fundadas, tanto en el ámbito de las últimas reformas del Derecho de Familia como en el campo de la responsabilidad civil.

f) Italia

Dado que ninguna de las crónicas aquí recogidas se propone una exposición más o menos general del vigente derecho familiar italiano, se resumen las cinco crónicas publicadas, que, habitualmente, se ocupan de explicar leyes particulares, alguna de las cuales constituye por su parte un excelente tratamiento monográfico del tema desarrollado.

IS2007 (p.129-174): Elena URSO (Univ. de Florencia), *Shaping the features of European Family Law: Problems and perspectives.*

En 2001 se creó la Comisión del Derecho de Familia Europeo que,

durante los días 11 a 14 de diciembre de 2002, celebró en Utrecht su primera reunión. La publicación de sus Actas ha suscitado en Italia gran interés doctrinal en los años sucesivos. La Unión Europea ha dictado reglas unitarias para determinar la competencia jurisdiccional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en los procesos matrimoniales (Reglamento Bruselas-II), y en los de divorcio o ruptura del matrimonio o de la unión de hecho cuando se trata de la responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II-bis). A ello deben añadirse la Directiva de 1986 para garantizar la reunión de los miembros de una familia que viven fuera de la UE; la Directiva de 2004 dictada para la circulación de la familia en el interior de la UE; la Carta de Niza del 2000 sobre los derechos fundamentales, y el Tratado de Roma de 2004. La autora tiene en cuenta, además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y del TEDH de Estrasburgo, así como abundantes referencias doctrinales que recogen las modificaciones originadas en el Derecho italiano y los criterios jurisprudenciales.

IS2008 (p. 203-220): Virginia ZAMBRANO (Univ. de Salerno), *Allocating child shared custody to separating or divorcing couples: Law 54/2006*.

En 2006 se promulgó la Ley 54/2006, de 8 febrero, sobre guarda compartida estableciendo nuevos principios: i) Antes de decidir sobre la guarda de los hijos menores el Juez debe imperativamente considerar la guarda compartida; ii) Sólo excepcionalmente debe atribuirse la guarda con carácter exclusivo a uno solo de los progenitores; iii) Debe establecerse obligatoriamente comunicación y contacto entre el menor y cada uno de sus padres; iv) Deben garantizarse las relaciones del menor con terceras personas significativas; v) Se debe considerar como *nueva* la obligación de alimentos respecto de los hijos menores en casos de separación y divorcio; vi) Además hay deber de alimentos respecto al hijo mayor que no ha alcanzado todavía autonomía financiera. La nueva Ley no fija la cuantía de tales nuevas obligaciones alimenticias, ni la amplitud del poder discrecional del juez para establecerlo. A juicio de la autora no se ha logrado redefinir de modo completo las nuevas relaciones entre padres e hijos.

IS2009 (p. 241-247): Federica GIARDINI (Univ. de Padua), *The living will in the Italian legal system*.

El testamento vital carece de normativa legal y se rige por directivas médicas. La autora estudia los obstáculos legales para su admisión así como su eficacia vinculante, sosteniendo que tiene apoyo constitucional y también en el CC. Se ha debatido un proyecto en el Parlamento que la autora critica por carecer de eficacia obligatoria para terceros, y no comprender la alimentación e hidratación artificiales.

IS2014 (p. 227-244): Federica GIARDINI, *Joint custody of children on separation and divorce: The current law in Italy: An overview of the law and how it is applied.*

Se reitera y profundiza en el tema de la custodia compartida, vigente desde 2006. Su principio fundamental es que los hijos, tanto matrimoniales como naturales, deben mantener relaciones continuadas con cada uno de sus padres, incluso aunque se separen. Por ello los Tribunales deben darle prioridad, a menos que se demuestre que perjudica el interés del menor. Comprende también la educación y los cuidados sanitarios del menor. Una Ley de 2012 ha modificado la terminología anterior de *autoridad paterna* por la de *responsabilidad paterna*. Hay que destacar la extensión y hondura con que, en la presente crónica, se analiza la reforma, indicando brevemente la historia del tema desde la promulgación del CC. de 1942, las sucesivas vicisitudes –señaladamente, la introducción del divorcio (Ley 1970)– y las importantes reformas de 1975 y 1987, la posición de la doctrina y de la jurisprudencia hasta llegar a la Ley de 2006, los criterios jurisprudenciales, tanto del TS como de los Tribunales inferiores, y las dudas e incertidumbres todavía no resueltas.

g) Macedonia

Macedonia formó parte de la Federación yugoslava y, a su disolución, se convirtió en República independiente; actualmente, afronta la problemática común a todos los países europeos ex-comunistas y se encuentra, además, en proceso de elaboración de su propio Código civil en cuyo texto el anteproyecto de reforma ha ubicado ya el Derecho de Familia. Las tres sucesivas crónicas debidas a dos profesores de la misma Universidad muestran claramente un decidido propósito de occidentalizar y democratizar el sistema jurídico

de su país, al tiempo que evidencian en sus autores una excelente preparación en Derecho comparado.

IS2012 (p. 181-200): Dejan MICKOVIK y Angel RISTOV (Univ. de Skopje), *The legal regulation of non marital cohabitation in Macedonian Family Law*.

Con base en el art. 40.2 de la Constitución de 1991, según el cual: *El matrimonio, la familia y la cohabitación no marital se regularán por la ley*, en 1992 se promulgó la Ley sobre Derecho de Familia, en la que se define la cohabitación como *matrimonio no registrado entre hombre y mujer que ha durado un año, al menos*. Tal unión sólo se asimila al matrimonio en cuanto a los bienes adquiridos durante la misma, así como la recíproca obligación de alimentos. Desde 2008 los cohabitantes tienen derecho también a la procreación asistida, incluso a título póstumo en el año siguiente al fallecimiento. Pero carecen de derechos sucesorios y de otras prestaciones sociales (seguro de enfermedad, pensiones de jubilación o de la SS). Los autores descubren otras lagunas en esta regulación (no constituye impedimento matrimonial, carece de verdadero régimen económico matrimonial, procedería otorgar al supérstite algunos derechos sucesorios y, con carácter general, permitir la inscripción facultativa de la cohabitación). En todo caso reconocen que resulta insignificante el número de cohabitaciones existentes en el país, resultando mal vista por la opinión pública.

IS2013 (p. 251-264): Dejan MICKOVIK y Angel RISTOV, *The exercise of parental rights after divorce in Macedonian Family Law*.

En el DF macedonio no se prevé que los padres puedan seguir compartiendo la patria potestad con el otro progenitor después del divorcio. Ello origina graves problemas prácticos porque la madre, que sigue detentando la guarda del menor, adopta las decisiones más importantes sobre el mismo, mientras que el padre se limita a ejercer el derecho de visita y a pagar la pensión alimenticia. La doctrina se muestra favorable a establecer con carácter general la patria potestad conjunta sobre los hijos menores, salvo que el interés del menor aconseje conceder de modo exclusivo, a la madre, tal facultad. Ello concuerda con la Convención de 1989 y la orientación de las legislaciones contemporáneas. Los autores observan que en la última década del siglo pasado Macedonia tuvo el porcentaje más

bajo de divorcios de todos los países europeos (0'38 por mil habitantes).

IS2014 (p. 325-338): Dejan MICKOVIK y Angel RISTOV, *Family Law in the new Civil Code of the Republic of Macedonia: Key issues and necessary reforms*.

Estando en preparación el nuevo CC de Macedonia, los autores proponen: i) Que el Derecho de Familia se integre en el mismo (lo que se acepta en la fase parlamentaria pues se le ha destinado el Libro V); ii) que se acepte la regulación notarial mediante contrato del régimen económico del matrimonio; iii) que se hable de *responsabilidades parentales* en vez de *potestades paternas*; iv) que se establezca el derecho del menor a expresar su parecer y a ser oído en todos los procedimientos que afecten a sus derechos e intereses; y v) que se establezca una especial protección de la vivienda familiar.

h) Serbia (y Montenegro)

Es complejo el régimen de Derecho de Familia de este país. Se trata de un territorio, en parte, perteneciente a los antiguos Imperios Austro-Húngaro y Otomano. Se integró, luego, en la Federación de Repúblicas Socialistas yugoslavas, cada una de las cuales podía tener su regulación propia, pero que también quedaban regidas por algunas normas comunes. Recuperada la independencia y la libertad, ha iniciado el camino de elaborar y promulgar su Derecho propio, de lo que ofrecen bastante información las siguientes crónicas.

IS2006 (p. 357-374): Marija DRAŠKIĆ (Univ. de Belgrado) y Gordana KOVAČEK STANIĆ (Univ. de Novi Sad), *The new Family Act of Serbia*.

Las autoras han formado parte del equipo que elaboró el anteproyecto de la Ley serbia sobre la Familia, siendo coordinadora de aquel la Prof.^a Marija DRAŠKIĆ y uno de sus miembros la Prof.^a Gordana KOVAČEK STANIĆ. Dicha Ley sustituye a otra de 1980 de matrimonio y relaciones familiares, la cual, después de la vigencia de la Constitución yugoslava de 1992, logró su aplicación generalizada a todo su territorio, incluyendo las provincias autónomas de Kosovo y Voivodina. En 4 febrero 2003 se aprobó la carta constitucional de la

unión de Serbia y Montenegro. La nueva Ley serbia sobre la familia se aprobó por el Parlamento en febrero de 2005, y su entrada en vigor efectiva fue en 1.º julio 2005. Su finalidad ha sido poner de acuerdo la Ley de 1980 con los Tratados y Convenios internacionales suscritos entretanto por Serbia .

La Ley utiliza nueva terminología. Así: los derechos del menor, el ejercicio conjunto de los derechos parentales, la protección frente a la violencia doméstica, el procedimiento de mediación familiar, la especialización de los jueces, los contratos nupciales, las donaciones por razón de matrimonio, el derecho a residir en vivienda perteneciente al otro cónyuge en interés del menor, el procedimiento para emancipar a menores que han cumplido 16 años, la protección del derecho al nombre de la persona. Han sido objeto de profundas reformas algunas instituciones: la adopción (regulando una sola modalidad, creando un Registro central, otorgando al adoptado el derecho a conocer sus orígenes); la cohabitación no matrimonial (que constituye impedimento para el matrimonio, permite adoptar y la utilización de la procreación asistida); el divorcio (cuyos motivos simplifica reduciéndolos al mutuo consenso y a la ruptura irrecuperable de la convivencia); la impugnación de la paternidad y maternidad; el deber de alimentos; el régimen económico del matrimonio; y el derecho de visita y comunicación del menor con terceras personas.

IS2007 (p. 257-270): Olga CVEJIĆ JANČIĆ (Univ. Novi Sad), *Family Law relations between parents and children*.

La crónica se centra en estudiar las relaciones jurídicas entre padres e hijos tal como se regulan en la Ley de 2005. Una de las reformas más importantes es la imprescriptibilidad de la acción de investigación de la filiación cuando la ejercita el mismo hijo. Los derechos del menor se enuncian siguiendo las directrices de la Convención de 1989. Así, el de acceder al Registro civil y a cualquier otro documento relacionado con sus orígenes, aunque se modula esta facultad en relación con la adopción y la procreación asistida. El derecho a elegir con qué progenitor quiere convivir el hijo en caso de separación, a partir de los 15 años. El derecho a relacionarse con otras personas, con quienes no convive o con otros parientes restringidamente, salvo que el Juez lo limite en interés suyo. El derecho a consentir una intervención médica a partir de los 15 años. A ele-

gir independientemente la *High School* para sus estudios. También a disponer de los bienes adquiridos con su trabajo, alcanzando a los 15 años su capacidad laboral y la facultad de cambiar su apellido. A partir de los 16 años puede reconocer hijos nacidos fuera de matrimonio, e interrumpir el embarazo. La ley enuncia nuevas responsabilidades parentales: los progenitores deben prevenir que se someta a los menores a acciones humillantes y a castigos que violen su dignidad e infrinjan el deber de protección. Los padres no pueden dejar de supervisar a sus hijos en edad pre-escolar. Deben educarles en el respeto a la identidad emocional, ética y nacional de su propia familia y nación, ostentando también el derecho a educarlos de acuerdo con sus creencias éticas y religiosas. La enseñanza religiosa se integra en el sistema educativo, con carácter opcional dada la separación entre Iglesia y Estado, pudiendo optar también entre educación religiosa o ciudadana. Cuando los padres viven separados, la ley ofrece, en general, posibilidades para el ejercicio conjunto de sus responsabilidades parentales.

IS2008 (p. 315-333): Olga CVEJIĆ JANČIĆ, *Protection from domestic violence*.

La violencia familiar se toma en consideración a partir de la Ley de 2005. La autora propone que se ponga en marcha una protección mejor y más rápida, en beneficio de sus víctimas habituales (mujeres y menores). La experiencia está demostrando que las mujeres raras veces la denuncian debido a una concurrencia de motivos: i) Los maridos suelen ser, en la práctica, el único sostén familiar, y temen perderlo; ii) temen también las represalias y creen que les perjudicaría denunciar los actos de violencia; iii) según ancestrales concepciones, la violencia es cuestión privada y es deshonroso publicarla. Últimamente se han organizado alojamientos para estas víctimas, de carácter público y privado, aunque su número resulta insuficiente, si bien representan un primer paso. La nueva Ley declara urgentes estos procedimientos (8 días para ver la causa, y 15 días para resolver la apelación). Pero no basta la actuación penal, sosteniendo la autora que los medios de comunicación debieran informar a la opinión pública de los perjuicios que pueden derivarse de la violencia sobre la salud, la propia vida, la educación y la misma familia. En 2007 se ha elegido el *Ombudsman* de Menores, competente en el tema.

IS2008 (p. 335-354): Olga S. Jović (Univ. de Pristina), *The right of a child to education in universal and regional documents and in Serbian legislation*(7).

Serbia ha ratificado en 1990 la Convención de 1989 y se ha comprometido a reconocer sin discriminación todos los derechos del menor y, en particular, el de la educación referido a la enseñanza primaria. Se trata de un verdadero derecho del menor cuyo objeto es el desarrollo intelectual del mismo. Hasta llegar a la mayoría la efectividad de aquél se asegura mediante el derecho-deber de los padres junto al deber del Estado. La autora analiza detalladamente y con amplitud los problemas que plantean la enseñanza secundaria y postsecundaria bajo esta perspectiva.

IS2009 (p. 425-439): Olga CVEJIĆ JANČIĆ, *Maintenance obligations under the Family Act of Serbia*.

La autora trata de la obligación alimenticia recíproca existente entre padres e hijos, parientes consanguíneos y afines, adoptantes y adoptados, cónyuges y cohabitantes heterosexuales (la legislación no admite el matrimonio o la cohabitación homosexual, los cuales carecen de todo efecto jurídico). En particular se analizan sus presupuestos y requisitos así como los elementos a tener en cuenta para fijar su cuantía. La ineffectividad de las resoluciones sobre alimentos es un problema endémico en Serbia, especialmente para los padres que asumen la guarda de los hijos. De ello es consciente la Comisión que elabora el CC de Serbia, que proyecta crear un Fondo Alimenticio destinado a facilitar el cumplimiento de las disposiciones sobre alimentos incumplidas (p. 438 s.).

IS2011 (p. 369-381): Olga CVEJIĆ JANČIĆ, *Inheritance rights of a surviving spouse under Serbian law*.

Antes de la II GM las sucesiones se regulaban por el CC de 1844, basado en el concepto patriarcal de la familia que atribuía la supremacía al varón, en detrimento de la mujer, la cual sólo heredaba en ausencia de herederos varones. Después del conflicto mundial se abolieron tales privilegios disfrutando las mujeres de un estatus sucesorio igual al hombre. La Constitución de 2006 en materia su-

(7) La crónica presente y la anterior se publican unidas en el mismo vol. del *International Survey*.

cesoria ha prohibido toda discriminación por razón de sexo, estableciendo el principio de igualdad entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Se admite la sucesión testamentaria y la intestada, aunque la población hace escaso uso de la primera. La sucesión intestada se basa en la existencia de varios órdenes sucesorios. La esposa puede participar en cada uno de ellos con diversidad de derechos. Si concurre con hijos y descendientes, la esposa hereda en propiedad una cuota equivalente a la de un hijo. Por aplicación del principio de acrecimiento si sólo quedase un único heredero del primer orden, tal heredero abintestato recibiría la totalidad de la herencia; pero tal regla no se aplica a la esposa, la cual formaría parte del segundo orden de llamamientos, percibiendo en concurrencia con los demás herederos, la mitad de la herencia, cuota que comprenderá la totalidad si resultara ser la única heredera. Hay circunstancias (iniciación de un proceso de divorcio, declaración de nulidad del matrimonio o cese de la convivencia) que producen la pérdida de los derechos sucesorios de la mujer. Ésta puede solicitar que en su haber hereditario se incluyan la vivienda familiar y su mobiliario, siempre que no excedan del valor de su cuota. La autora analiza varias hipótesis discutidas que pueden darse después de haber otorgado testamento en favor de su esposa (incurre en incapacidad mental, se pronuncia divorcio o se declara la nulidad) especialmente cuando pudiendo haberlo revocado, no lo hace. También se ocupa de exponer las medidas de protección de lo que en nuestra terminología se califica de *legítima del viudo*. Concluye que la posición jurídica de la mujer ha mejorado respecto al derecho derogado (p. 381).

IS2012 (p. 299-313): Olga CVEJIĆ JANČIĆ, *Challenges of the modern Family-Draft Civil Code of Serbia relating to Family Law relations*.

La autora estudia las innovaciones del Derecho de Familia introducidas en el Proyecto de CC. serbio. Se modifican los requisitos del reconocimiento de la cohabitación heterosexual haciendo que el matrimonio y el parentesco consanguíneo entre las partes impidan que aquélla produzca efectos. Se prevé que en el futuro una ley regulará la cohabitación homosexual. Se admitirá la maternidad de sustitución siempre que no exista otro medio de convertirse en padres, lo que significa: i) imposibilidad médica de acudir a la procreación natural o asistida; ii) presencia de enfermedades genética-

mente transmisibles. Se prohíben castigos corporales a los menores pues se considera que los padres disponen de otros procedimientos educativos respecto de sus hijos. El menor que ha cumplido 15 años puede consentir por sí mismo la realización de un acto médico en su persona. Por el contrario no podrá oponerse por sí solo a una medida de la autoridad tutelar cuyo consentimiento lo exige la ley. Se crea un Fondo de pensiones para el abono de alimentos impagados. También se introduce la adopción simple, y la posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial (8).

2. América

Sólo se incluyen en este apartado crónicas de algunos países de Centro y Sudamérica. La reducida presencia de Iberoamérica entre los países aquí estudiados obedece, en mi opinión, a múltiples causas. En principio, la gran mayoría de estos países pertenecen al sistema del *Civil Law* por lo cual el Derecho de Familia del hemisferio norte adscrito al *Common Law* no representaba, en principio, su modelo. Especialmente a lo largo del siglo XIX y parte del XX, ha sido adoptado predominantemente como modelo el europeo continental, sin olvidar la influencia de la concepción familiar del Derecho de los países colonizadores, que no ha desaparecido del todo. A finales del siglo pasado en esos países se comienza, sin embargo, a tomar por modelo, no sólo el Derecho público, sino también el privado norteamericano. En los nuevos códigos civiles promulgados en el siglo XXI, y en la práctica judicial, tal fenómeno se dibuja con mayor intensidad. Con todo, siguen siendo escasos en número los países de lengua hispano-lusa que aparecen incluidos en esta crónica decenal.

a) Argentina

En las crónicas incluidas en el decenio no se ha llegado a analizar el nuevo CC argentino, que contiene importantes reformas familiares, sino que se comentan leyes especiales o notables casos jurisprudenciales.

(8) Otras eventuales reformas se mencionan en p. 312 s.

IS2005 (p. 23-39): Cecilia P. GROSMAN (Univ. de Buenos Aires) y Marisa HERRERA (Univ. de Buenos Aires), *The right to one's identity in recent judicial decisions on filiation and adoption*.

Parten las autoras de la definición del jurista peruano Fernández Sessarego de la identidad personal como el conjunto de atributos y características que distinguen al individuo en el seno de la sociedad, permiten diferenciar al *yo mismo* y al *otro*. Éste distingue parámetros de la identidad estática y dinámica; los primeros se relacionan con los datos biológicos de la procreación; los segundos hacen referencia a su historia personal o biografía existencial, a las relaciones familiares y sociales del individuo.

IS2006 (p. 37-57): Cecilia P. GROSMAN y Marisa HERRERA, *The new law for the integral protection of Childhood and its impact on Family Law*.

En cumplimiento de la Convención de 1989 se ha promulgado la Ley de 28 agosto 2005, que establece un sistema de protección integral para la infancia y la adolescencia, secundando el ejemplo de Brasil (1990), el código de Honduras (1996), el código de Nicaragua (1998), el código de Bolivia (1999), el código peruano (2000), la ley orgánica de Venezuela (2000), el código de Paraguay (2001), la ley integral de protección de Ecuador (2003) y la de Guatemala (2003). La ley argentina incluye nuevos derechos y prestaciones en favor de niños y adolescentes pero, para alcanzar sus fines, es preciso que el Estado pueda disponer de medios suficientes, tanto financieros como de equipos especializados, para ponerla en práctica. El legislador ha habilitado a los jueces para exigir su cumplimiento al poder ejecutivo; así se otorga a los interesados la legitimación para acudir a los tribunales, se establece su defensa por abogados especializados, y la posibilidad de que el menor se haga oír ante aquéllos (sobre todo, cuando hay un conflicto entre la verdad y la estabilidad del vínculo de filiación). También se regulan los derechos y obligaciones de los abuelos y demás miembros de la familia en cuanto a la guarda y el derecho de visita, incluyendo el derecho de la madre, cuando el padre abandona a sus hijos, a solicitar alimentos del ascendiente por afinidad (9).

(9) Sobre las importantes reformas del nuevo CC argentino en materia familiar se ha ocupado la Prof.^a y Magistrada Graciela MEDINA, *La con-*

b) Brasil

IS2005 (p.107-118): Paulo Luiz NETTO LOBO (Univ. Federal de Alagoas e Inst. Brasileño de Derecho de Familia), *The vicissitudes of equality and conjugal rights under Brazilian Law*.

El autor se centra en el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres en el Derecho matrimonial brasileño, describiendo las etapas en la lucha por establecer tal igualdad en el matrimonio a partir de la eclosión de las ideas liberales durante los siglos XVIII y XIX, pasando por la Ley de 1962 sobre el Estatuto de la Mujer casada, la declaración formal de la Constitución de 1988, y las disposiciones del CC de 2002, que conserva, sin embargo, algunas discriminaciones en relación con la unión estable de hecho, respecto de la cual propugna también igualdad de trato jurídico con el matrimonio. Por otra parte se pregunta si los tradicionales deberes derivados del matrimonio tradicional tienen sentido cuando su violación apenas tiene consecuencias jurídicas y se deja a los interesados que fijen sus efectos, o cuando violan la dignidad de la persona o el derecho a la intimidad de la pareja.

IS2009 (p.117-138): Luiz EDSON FACHIN, (Univs. Federal y Católica de Paraná), *Life, dignity and human rights: Stem cell research, the law and a recent court ruling in Brazil*.

Por primera vez la Ley 1105 de 24 marzo 2005 autorizó en Brasil la utilización de células madre embrionarias por razones terapéuticas o de investigación, siendo recurrida ante el TC por atentar contra la dignidad de la vida humana. La crónica describe, en primer lugar, las sucesivas etapas del recurso, su fundamento y las razones en que cada miembro del TC apoyó su voto, siendo muy ajustado el fallo (6 votos contra 5). En segundo lugar presenta la actual discusión entre los que apoyan o impugnan dicho fallo bajo la perspectiva de la dignidad de la vida humana. A juicio del autor, la discusión no está cerrada sino que deben comprobarse los efectos de la investigación. El debate sobre la vida, su dignidad y su comienzo se considera que no acaba nunca.

tractualisation de la famille/Contractualisation of Family Law, en el vol. que recoge los Informes o Ponencias argentinas al XIX Congreso Internacional de Derecho Comparado (celebrado en Viena, 2014), p. 385-414.

IS2011 (p. 103-121): Marianna CHAVES (Abogada e investigadora), *Homoaffective parentage in relation to medically assisted reproduction: A parallel between Brazil and Portugal*.

La autora parte de la gran discusión existente en muchos países sobre la utilización de las técnicas de reproducción asistida por las parejas homosexuales, y propone que sea analizada sin prejuicios de ninguna clase. Comparando la situación existente entre Portugal y Brasil sobre el tema, concluye decididamente en favor de su propio país pues, frente a una restrictiva legislación lusa, en Brasil la ley guarda silencio, permitiéndose en la práctica el acceso de los homosexuales mediante una disposición administrativa de 2010, lo que da pie a que los hijos así nacidos sean inscritos en el RC y a que se produzcan casos de triparentalidad.

IS2014 (p.23-31): Marianna CHAVES, *Same-sex families in Brazil: An overview after the trial of ADI 4277 and ADPF 132 by the Supreme Court*.

Como continuación de la anterior crónica, la autora, que ahora ostenta el cargo de Vicepresidenta del Comité de Diversidad Sexual de la brasileña *Bar Association*, se ocupa de la s. de 5 mayo 2011 del Tribunal Constitucional que establece la doctrina de que las parejas del mismo sexo son entidades familiares, y deben beneficiarse de todos los derechos y obligaciones que derivan de la unión entre un hombre y una mujer, incluido el matrimonio. La resolución, que comparte plenamente, supone un cambio de paradigma familiar, si bien hay jueces y tribunales que se oponen resueltamente a tal doctrina. La autora entiende que, siendo Brasil un país perteneciente al sistema del *Civil Law*, ésta debe integrarse expresamente en la Constitución, en el CC o, al menos, en una ley especial.

c) Costa Rica

IS2006 (p. 165-183): Diego BENAVIDES SANTOS (Magistrado de Familia del TS), *Understanding Family Law and the Family Court system in Costa Rica*.

Este pequeño país de América Central, de unos 50.000 km², limitado por Nicaragua al Norte y Panamá al Sur, y bañado por el Pacífico y por el mar del Caribe, poblado por unos cuatro millones de ciudadanos y otro medio millón de no ciudadanos, que se inde-

pendizó de España en 1821, y que desde 1949 ha renunciado a la guerra, declarándose neutral en cualquier conflicto internacional, se rige por la Constitución de 1949, y es una república unitaria de carácter parlamentario, con plena independencia del poder judicial. Su CC es de 1888 y está inspirado en el liberalismo, de modo que, al promulgarse aquélla, se vio la necesidad de promulgar un Código de Familia, aprobado en 1973, que es el texto fundamental que sigue en vigor con gran número de modificaciones.

La presente crónica es buen ejemplo de trabajo informativo -aunque no completado en el decenio- sobre la situación del Derecho de Familia en un país y momento determinado, ofreciendo suficientes datos históricos para explicar sus singularidades. El Código de Familia regula el matrimonio, su nulidad, la separación legal, divorcio, reparto de bienes, filiación matrimonial y no matrimonial, adopción, *patria potestas*, deber legal de alimentos, tutela de menores e incapacitados y, finalmente, uniones de hecho cuando conviven un hombre y una mujer sin estar casados. Además el país ha suscrito el Convenio de 1989 sobre los derechos de los menores, la Convención de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores, y la de 1993 sobre adopción internacional. Asimismo, la Convención inter-americana de violencia doméstica sobre la mujer (*Convención de Belem do Pará*). Se acompaña una minuciosa descripción de los Tribunales costarricenses competentes en materia familiar, con estadísticas sobre su actividad. A modo de conclusiones insiste en la necesidad de formar a los juristas en el campo especializado del Derecho de Familia, así como de proporcionar a los jueces y tribunales instrumentos adecuados para fallar adecuadamente los litigios. Todo ello sin olvidar las diferencias sociales existentes y que siguen creciendo en el país.

d) Puerto Rico

IS2008 (p. 292-294): Pedro F. SILVA-RUIZ (Prof. jubilado de la Univ. de Puerto Rico), *Family Finances in Puerto Rico*.

El autor recoge recientes manifestaciones del Derecho de familia, especialmente en materia de divorcio, alimentos para menores y régimen de la propiedad inmueble en el matrimonio. En 1978 los tribunales aceptaron el divorcio por mutuo consentimiento y, en 2007, también el divorcio por ruptura irremediable. Se discute sobre el

matrimonio homosexual, siendo tan fuerte la oposición a una unión meramente civil como a aquel matrimonio. Se ha introducido en el CC. una norma relativa a la posesión de la vivienda familiar en favor del cónyuge guardián. La Asamblea Legislativa ha establecido una Oficina para la Reforma y Revisión del CC, aunque muchos profesores se oponen a que se reforme el derecho de la persona y la familia.

IS2009 (p. 385-387): Pedro F. SILVA-RUIZ, *New rules for the adoption of minors and other issues affecting children*.

Tiene por objeto la evolución del DF puertorriqueño en 2008. Critica la STS de 5 mayo 2008 (*Ex parte: Rivera Ríos and Rivera Molina v. Rivera Ríos*) que deniega la patria potestad compartida en divorcio por mutuo acuerdo, la cual había sido aceptada razonablemente por los tribunales inferiores. Alaba la STS de 20 junio 2008 (*P v Vázquez*) que atribuye al hijo que ha cumplido 21 años, en caso de necesidad, el derecho de alimentos prestados por sus padres. En materia de adopción se han dictado normas administrativas que se incorporarán al nuevo código en fase de estudio.

IS2010 (p. 279-295): Gerardo José BOSQUES HERNÁNDEZ (Univ. católica de P.R.), *Biological versus legal parenthood debate in Puerto Rico*.

Puerto Rico, Estado Libre Asociado de los EEUU, pertenece al sistema comparado mixto pues su CC procede del CC español de 1889, aplicado cuando todavía era colonia, aunque su Derecho público es norteamericano. En materia de filiación la jurisprudencia del TS de PR ha sido fuente de importantes cambios en materia de impugnación de la paternidad, pero ha rehusado flexibilizar los plazos para ejercitar tal acción, conservando la fecha del nacimiento del hijo como *dies a quo* cuando el padre reside en el país. La Ley de 19 diciembre 2009 introduce cambios significativos: En primer lugar, ha codificado la doctrina jurisprudencial, aunque introduciendo un doble sistema para calcular el plazo de ejercicio de aquella acción, manteniendo por un lado un principio objetivo en cuanto al padre biológico, a saber, la inscripción en el RC, y, por otro, un principio subjetivo en favor del padre legal, o sea, el conocimiento de la verdad biológica. Además obliga al Juez a tener en cuenta el interés del menor. La Ley tiene efecto retroactivo, incluso a los casos ya fallados, aunque con restricciones, lo que está originando una gran litigiosidad.

IS2014 (p. 431-433): Pedro F. SILVA-RUIZ, *Electronic visitation, lesbian adoption and support*.

La Ley de 25 septiembre 2012, conocida como *ley de visita virtual*, permite que el padre no custodio se relacione después del divorcio con su hijo menor a través de medios telemáticos, aunque ello no sustituye a la visita personal sino que la complementa, siendo conveniente que se establezca quién cubre el gasto. Por otro lado, las diversas instancias judiciales habían denegado, en una pareja de lesbianas, la facultad de adoptar al hijo que su compañera había dado a luz con donación de esperma. En 2013 una Ley del Senado modificó los artículos del CC que impedían tal adopción. Además, la Guía administrativa vigente que tarifa la cuantía de los alimentos legales debe revisarse cada cuatro años, pero habitualmente tal obligación se incumple sin que intervenga ninguna autoridad administrativa. La Comisión de Reforma del CC la ha abolido.

3. Asia

Hay países asiáticos que, en materia familiar, siguen inspirándose en sus milenarias religiones, tradiciones y filosofías que precedieron, en el tiempo, a las europeas. En algunos coexisten o subsisten, además, los modelos occidentales de origen colonial, o son el producto de una recepción moderna, dando origen a un sistema del *Civil Law* o del *Common Law*, según los casos. Algunos siguen todavía anclados en la doctrina del marxismo o han iniciado una sorprendente *occidentalización* sin renunciar a él. No faltan algunos países con presencia abrumadora del Islam.

a) Irán y Armenia

IS2005 (p. 315-354): Seyed Nasrollah EBRAHIMI (Univ. de Azad), *Marriage Law of Iran under islamic perspectives*.

Es obligado destacar las cualidades que destacan en esta crónica. El autor, que ha colaborado anteriormente en el *International Survey* (10), incluye un glosario de gran utilidad, maneja ampliamente la doctrina con inclusión de la occidental accesible, y expone con

(10) SN EBRAHIMI, *Protective institution of children under Iranian Family Law*, IS 2004.

gran claridad la legislación familiar iraní, lo que se completa con una amplia referencia bibliográfica accesible al jurista occidental. Después de unas breves pinceladas históricas el autor expone las reformas introducidas después de la Revolución de 1979, siguiendo las directrices de la escuela chiíta, conforme a los arts. 1034 a 1133 de la Ley iraní sobre los derechos humanos, centrándose en los derechos y deberes fundamentales de ambos cónyuges, especialmente en el tema de la dote (*mahr*). Asimismo con el divorcio (*talaq*) y, en general, con la disolución del matrimonio. También se ocupa del matrimonio temporal aceptado por la jurisprudencia y, señaladamente, de la poligamia, cuya práctica se encuentra en descenso (p. 350-351).

IS2014 (p. 181-199): Grigor BEKMEZYAN y Gholam Reza SHIRAZI (Univ. de Ereván), *Rights and obligations of spouses in Iran's Law compared with Armenia's*.

Se trata de un estudio complementario del anterior, en el marco comparativo de los Derechos familiares iraní y armenio. Ambas legislaciones disponen que el amor y el respeto mutuo, así como las obligaciones de socorro y asistencia, constituyan los fundamentos de la familia, y asimismo, que toda injerencia intencional en los asuntos familiares está prohibida. En Derecho armenio los bienes adquiridos durante la vida en común son propiedad común de los cónyuges, salvo pacto en contrario, mientras que en Derecho iraní los bienes son del marido, salvo pacto en contrario. En Irán, aunque la responsabilidad del sostenimiento de la familia recae en el marido, con frecuencia las mujeres trabajan fuera del hogar y así pueden contribuir a los gastos comunes.

b) Israel

Creado por la ONU a mediados del siglo pasado, es uno de los pocos países de cultura occidental que aplican el criterio de la ley personal en el ámbito familiar y, al mismo tiempo, se encuentra inmerso en un sistema civil mixto.

IS2008 (p. 183 ss.): Rohana SCHUZ (Univ. Sha'arei Mishpat Law School, Israel), *The voice of the child in the Israeli Family Court*.

En aplicación del art. 12 del Convenio de 1989, en Israel el menor

tiene derecho a ser oído en los procesos que le afectan. La autora expone el modo en que lo han interpretado los Tribunales israelíes en los últimos 20 años, originando también un amplio debate doctrinal. En materia de guarda y custodia, los jueces hacen escaso uso de tal posibilidad. Se ha recomendado que el legislador lo reconozca, y hubo un proyecto-piloto en 2007 que se puso en marcha en los Tribunales de Familia (se aplicaba a partir de los seis años de edad, invitando a los menores a acudir a la audiencia judicial con un trabajador social). Se alegaron dificultades procesales, pues los jueces carecían de instrumentos adecuados para evaluar la fiabilidad de las opiniones del menor, y también los efectos negativos del contacto del menor con el juez. Pero el TS ha cambiado de parecer afirmando el error del juez de instancia al no oír al menor en el proceso, declarando que el Tribunal tiene el deber de hacerlo directamente para decidir con mayor información y con mayor respeto a la persona del menor. En materia de sustracción de menores muchos tribunales israelíes adoptan todavía actitudes paternalistas respecto a la expresada voluntad del menor.

IS2013 (p.197-225): Rhona SCHUZ, *The developing right to parenthood in Israeli Law*.

Si Israel ha sido el primer país en permitir la maternidad subrogada, legalizada en 1996, la autora ha sido una de las primeras en defender el discutido *derecho al hijo* (11) que al cabo de 17 años comprueba ha sido, de modo gradual, reconocido plenamente en su país (12) a través de varias sentencias del TS (así el reconocimiento de los presos a fundar una familia, el derecho a utilizar las diversas formas de procreación asistida, y el derecho a la adopción). En 2012 se ha publicado un Informe del Comité Público sobre el marco legal de la reproducción en Israel. El autor analiza y profundiza en el *right to parenthood*, que sitúa en lugar preferente de los derechos

(11) Rhona SCHUZ, *The right to parenthood: Surrogacy and frozen embryos*, International Survey 1996, p. 237 ss.

(12) También se reconoce en la crónica que las parejas homosexuales judías acuden a la India a lograr contratos de maternidad subrogada, aunque a partir de 2012 encuentran dificultades legales de naturaleza más bien administrativa para conseguir su objetivo.

humanos, junto al derecho a la vida y a la integridad corporal; lo considera en sentido negativo aunque también puede darse en sentido positivo. En los casos más discutidos examina los argumentos positivos y negativos y ofrece su opinión, generalmente favorable al reconocimiento del derecho. No debe olvidarse que, por razones históricas, religiosas y hasta de seguridad nacional, hay una política estatal que promueve la natalidad en el país.

c) Japón (13)

IS2005 (p. 371-391): Keiko IRAKO (Univ. de Shobi) y Koji ONO (Univ. de Daito Bunka), *The prevention of spousal violence and the protection of victims in Japan*.

Tradicionalmente en la sociedad japonesa la violencia doméstica contra la mujer no se consideraba un acto criminal. La llegada de la democracia no significó la inmediata desaparición de aquella, y la Ley de 2001 inició la lucha legal en su contra, estableciendo en su preámbulo que, si bien la violencia conyugal constituye un delito, no siempre se ha ayudado adecuadamente a sus víctimas, especialmente cuando son mujeres, las cuales se ven impedidas de alcanzar su independencia económica cuando son objeto de la violencia física

(13) Sobre el sistema jurídico japonés disponemos recientemente en español de una excelente *Introducción al Derecho japonés actual* (Coordinadores: Francisco BARBERÁN, Kiyohiko KURODA, Fuminobu OKABE), Thomson Reuters Aranzadi, 2013. Con amplias exposiciones sobre el Derecho de familia (p. 337-367), Registro civil (p. 399-402) y menores (p. 556-573). Como se sabe, el Japón, que pertenecía a una de las civilizaciones orientales más antiguas de Asia, inició a fines del siglo XIX un proceso de acercamiento y recepción del Derecho privado occidental, que culminó, tras su derrota en la II GM, con su total democratización política, ampliando aquella recepción al ámbito del Derecho público. La inclusión del país en este apartado se debe a la ausencia de una conveniente exposición general del Derecho familiar nipón en las numerosas y sucesivas crónicas publicadas en el *International Survey* durante el decenio pasado.

o psicológica de sus cónyuges, lo que afecta a su dignidad y compromete la igualdad real de los sexos. Ya en 1977 el gobierno decidió establecer un plan de acción que originó, en 1994, la creación de una Oficina de la Igualdad de los sexos, que ha inspirado la Ley indicada que trata de establecer medidas de prevención y de protección de las víctimas. La violencia contra la mujer se considera un delito, lo que permite a la mujer ofendida acudir a la policía y a los tribunales locales. Se trataba de establecer una red nacional de Centros locales de ayuda y asesoramiento. En la crónica se estudia comparativamente el funcionamiento de estos centros con el antiguo sistema de una red de refugios contra la violencia. También se analizan las reformas introducidas en 2004. Además de una breve historia del matrimonio en Japón, se acompañan abundantes estadísticas y resultados de las Leyes de 2001 y 2004.

IS2007 (p. 175-179): Emiko KUBONO (Univ. de Tohoku), *Merits and limits of criminalisation of Family Law*.

Se trata de una continuación del anterior tema. Las estadísticas hablan de un 22 % de mujeres que todavía son objeto de violencia doméstica. En la ley de 2001 había medidas institucionales que temporalmente establecían la asistencia a la víctima, que se ha completado en la reforma de 2004. Su incumplimiento puede originar consecuencias penales y multas, pero la doctrina discute sobre su eficacia.

IS2008 (p. 221-235): Ryoko YAMAGUCHI (Univ. de Tokio), *Recent developments in parent-child relationships, parental rights, and child custody in Japan*.

El CC no autoriza al juez atribuir la patria potestad conjunta después del divorcio y, por ello, los cónyuges disputan ásperamente sobre la guarda exclusiva del menor. La experiencia demuestra que el *todo o nada* en estas contiendas no beneficia al menor, por lo que procede reformar el CC. Se estudian los recientes desarrollos jurisprudenciales de las relaciones entre padres e hijos, y el ejercicio de los derechos parentales y de guarda; a título de anécdota se narra que se ha llegado a falsificar la partida de nacimiento del menor inscrito en el RC para obtener una sentencia, pese a que los padres habían convivido durante muchos años, y el TS no quiso profundizar en el tema y declaró que impugnarla sería un abuso de derecho. Por otra parte, y pese a la ausencia de una normativa legal, se calcula

en 40.000 el número de niños que anualmente nacen como consecuencia de las técnicas de procreación asistida.

IS2009 (p. 249-253): Megumi NAKAMURA (Univ. de Tokio), *Equal protection of children: Reform of the Japanese nationality Law*.

En 2008 el TS ha dictado una importante sentencia declarando inconstitucional la Ley japonesa sobre nacionalidad de 5 diciembre 2008 en lo relativo a su adquisición distinguiendo entre hijos legítimos e ilegítimos. Tal discriminación viola la Constitución en cuanto al principio de igualdad, así como la Convención de los Derechos del Menor de 1989. El Ministerio de Justicia ha tomado la iniciativa de modificar la normativa.

IS2010 (p. 217-235): Ayako HARADA (Univ. de Waseda), *The Japanese child protection system: Developments in the laws and the issues left unsolved*.

Desde 1990 aumentan los maltratos a menores, de los que se ocupan fundamentalmente los Centros Sociales de Ayuda a la Infancia. En 2000 se promulgó una Ley que trató de prevenirlos, siendo sucesivamente revisada. Los casos aumentan: en 1990 se computaron 1100, y en 2008 se han elevado a 42.000. El autor describe las etapas del procedimiento administrativo que puede desembocar en un retorno a la familia de origen, o en una intervención excepcional de los Tribunales. El autor considera positivo lo logrado pero lo reputa insuficiente. Propone: i) dotar de medios suficientes al Servicio para proteger a todos los menores maltratados, facilitándoles protección y educación, ayudando también a los padres a fijar y resolver sus problemas; ii) revisar las previsiones del CC en los casos de abuso y maltrato, replanteando la función de la patria potestad; iii) ampliar la competencia de los Tribunales de Familia; y iv) facilitar que tanto los padres como los menores acudan a los procedimientos debidamente asesorados por especialistas.

IS2012 (p. 171-180): Tomiyuki OGAMA (Univ. de Osaka), *Child custody issues at the time of divorce-From the point of view of Japanese Family Law*.

Japón es objeto de crítica por el elevado número de sustracciones de menores en matrimonios mixtos por obra del cónyuge nipón. Ello tiene una explicación en su derecho tradicional, pues se prevé que

la guarda de los hijos corresponde en caso de divorcio a uno solo de los cónyuges, quien puede restringir al otro el derecho de visita. Ello impide que el país suscriba el Convenio de la Haya (14), aunque el autor observa que la jurisprudencia empieza a evolucionar. Propone que se armonice con el Derecho de los países industrializados y se eduque a la población en el sentido debido.

IS2013 (p. 227-237): Kayo KURIBAYASHI (Univ. de Saga), *Family Law in Japan in 2012-Introduction on the stop system of parental authority, and the stipulation of contact and sharing of child support.*

En 2011 se han producido importantes reformas del Derecho de Familia que han entrado en vigor en abril de 2012. Entre ellas, la privación de la patria potestad y la posible designación de una persona jurídica, o incluso de dos, y hasta de más personal, como guardadores de un menor. La reforma afecta también al derecho de visita y al reparto de la prestación de alimentos a favor de menores. Novedades que contribuirán al bienestar del menor. Se modifican los siguientes preceptos: arts. 834.2, 842, y 843.4 del CC y los correspondientes procesales y del RC. La motivación de la reforma se debe a que en los últimos 20 años los casos de abuso de menores se han multiplicado por 50, si bien apenas repercutían luego en la privación de la patria potestad. En las estadísticas oficiales de 2011 excedía de 600.000 el número de procesos familiares domésticos, de los cuales sólo hubo 127 casos en que se solicitaba la pérdida de patria potestad, con estimación únicamente de 14. La nueva ley permitirá que se denuncien más casos, así como facilitará los alimentos a los hijos que casi nunca se pagaban por el progenitor que no tenía la guarda, la mitad de cuyo sueldo podrá ahora ser embargada. Los divorcios se resuelven mayoritariamente por acuerdo, y en el 60% de casos no se condena a prestar alimentos. Ahora la ley obliga a notificar la cuantía pactada.

IS2014 (p. 245-253): Yangwhan KIM (Univ. de Yamanashi Gakuin), *Two landmark decisions of the Supreme Court: One too late; the other still early.*

En 2013 el TS ha dictado dos importantes resoluciones familia-

(14) En 2014 Japón ha suscrito formalmente la Convención y está procediendo a su incorporación al derecho interno.

res. En la primera declara que es inconstitucional el art. 900.4 CC. que otorga al hijo natural como heredero abintestato sólo la mitad de la cuota que corresponde al hijo legítimo. En la segunda declara que se presume que el padre del hijo nacido de inseminación artificial con semen de tercero es el marido de la madre que le ha dado a luz (pese a que en el caso se trataba de un transexual que había recibido un tratamiento médico para convertirse de mujer en hombre, aunque permaneciendo incapaz de procrear). La primera sentencia se esperaba hacía tiempo, pero la segunda es para el autor prematura por faltar una legislación de procreación asistida, y tratarse, además, de un caso de imposible aplicación de la presunción de paternidad del marido.

d) Kazajstán

IS2011 (p. 241-258): Mariya BAIDELDINOVA DALPANE (Univ. de Almaty), *Matrimonial property and its contractual regulation in Kazakhstan*.

A semejanza con otras repúblicas soviéticas, surgidas del colapso de la URSS en 1991, todavía subsiste en ella un Derecho de Familia similar al de sus raíces. Desde 1998 posee su propio Código de Familia con algunas modificaciones. Así, mientras que con anterioridad sólo regía un único sistema económico matrimonial de carácter obligatorio y único, ahora cabe que los cónyuges pacten otro distinto al de la comunidad, ya sea sobre la totalidad o parte de los bienes conyugales. Afecta sólo a los bienes patrimoniales pero no a los extrapatrimoniales. En la práctica todavía se hace escaso uso de la libertad de pacto si bien, tratándose de un país en crecimiento económico, cabe esperar que en el futuro se incrementen los pactos. Las uniones de hecho no se reconocen, aunque los interesados pueden utilizar otras modalidades contractuales. El matrimonio que se acepta es exclusivamente el civil, entre un hombre y una mujer, de modo que las uniones meramente religiosas no producen efectos.

IS2013 (p. 239-249): Maria (*sic*) BAIDELDINOVA DALPANE y Federico DALPANE (Univ. de Almaty), *The reform of the family legislation of Kazakhstan: Expectations and outcomes*.

En 2012 el nuevo Código del matrimonio y de la familia sustituye al de 1998. Se introducen algunas instituciones nuevas (como el Re-

gistro civil) y se aclaran dudas interpretativas y ambigüedades de la legislación derogada. Quizá la nota más significativa haya sido la de conservar la modalidad de *código* para esta normativa. La adopción ha sido objeto de profundas reformas, intentando armonizarla con el Convenio de La Haya. También se regula con mayor minuciosidad que antes la gestación por sustitución, si bien los autores albergan dudas sobre el nuevo régimen, al margen de los aspectos éticos. En cambio, el régimen económico del matrimonio, los alimentos o los requisitos del matrimonio sólo han sufrido reformas accesorias. Los autores enmarcan estas reformas en su contexto histórico y político, y lamentan que no hayan sido objeto de discusión pública. Concluyen los autores que han desaparecido las antiguas dudas, pero han surgido otras.

e) Malasia

IS2007 (p. 181-205): Noor Aziah MOHD AWAL (Univ. de Kebangsaan), *Family Laws in Malaysia: Past, present and the future*.

La Federación de Malasia es multicultural y multireligiosa. Está constitucionalmente garantizada la libertad religiosa, aunque el Islam es la religión estatal. Se permite la conversión desde o hacia el Islam, pero ello origina variables consecuencias jurídicas. Las competencias se dividen entre la Federación y los Estados. Los Tribunales *Syariah*, a nivel estatal y federal, conocen de los pleitos familiares entre musulmanes, y los Tribunales ordinarios resuelven entre los no musulmanes. Una Ley de 1976 sobre reforma del matrimonio y divorcio se aplica al matrimonio civil de todos los ciudadanos malasios, musulmanes o no, y es competencia de la jurisdicción ordinaria. Si un cónyuge de un matrimonio civil se convierte al Islam, el no converso puede invocar aquella Ley. Pero si un cónyuge de un matrimonio musulmán se convierte a otra religión, la ley musulmana dispone el divorcio automático, aunque los Tribunales especializados no pueden adoptar las medidas accesorias y deben acudir a los Tribunales ordinarios. La Ley de 1976 se basa en la monogamia y en la heterosexualidad, de modo que no se reconoce el matrimonio homosexual ni el de los transexuales. La ilegitimidad está estigmatizada de modo que los hijos nacidos de madre soltera resultan discriminados. La poligamia está sujeta a estricta autorización judicial, y se ha introducido la mediación familiar. Uno de los retos es la

unificación de las diversas leyes familiares malayas, que la vigente Constitución parece obstaculizar. En efecto, Malasia es una Federación de 13 estados y 3 territorios federales. Cada uno de aquéllos tiene su propia Constitución escrita y siete de ellos conservan el rey o sultán al frente del Estado. La Constitución de la Federación dispone que las materias correspondientes a la ley islámica son competencia del parlamento de cada estado, aunque el parlamento federal posee algunas competencias limitadas cuya determinación obedeció a las circunstancias concurrentes en el momento de su laboriosa promulgación.

IS2009 (p.275-299): Noor Aziah MOHD AWAL, *Legal status and rights of illegitimate children in Malaysia: The conflicting rights?*

La Ley del Menor de 2001 denomina menor a toda persona que no ha cumplido 18 años. Es ilegítimo si nace fuera del matrimonio. Si nace dentro del matrimonio se le considera legítimo cualquiera sea el momento de su concepción. Pero en Derecho islámico siempre es ilegítimo si ha sido concebido fuera de matrimonio, de modo que el estatuto del menor depende de la prueba de ese momento. De aquí que en Malasia la ilegitimidad es un *tema tabú*. Pese a la modernidad y al desarrollo del país, tales circunstancias no impiden a esta sociedad multirracial seguir siendo tradicional y de inspiración religiosa (musulmana). Por ello la mayoría de normas civiles diferencian legitimidad e ilegitimidad. Por otra parte, está creciendo el número de hijos ilegítimos, a veces de madres que no han cumplido 18 años, lo que obliga a preguntarse por la causa del fenómeno (se menciona, entre otras, la falta de una educación sexual a los menores). La autora analiza en particular su estatus comenzando por el derecho a la vida. Menciona la doctrina católica que lo sitúa en el momento de la concepción, aunque la legislación sigue la doctrina inglesa que lo fija en el nacimiento; no obstante lo cual menciona algunas decisiones judiciales malayas que atribuyen derechos al concebido. También se ocupa de los derechos y obligaciones de la madre. Malasia ha ratificado la Convención de 1989, aunque con ocho reservas. La crónica menciona que muchas entidades privadas tratan de ayudar a las madres solteras y a sus hijos, aunque reconoce que no faltan casos de abusos. Finaliza propugnando un equilibrio entre los diferentes derechos contradictorios de la madre y el hijo ilegítimo.

IS2012 (p. 215-233): Noor Aziah MOHD AWAL, *Rights of children: Future challenges in Malaysia*.

Se trata de una continuación del tema tratado el año anterior con la bienintencionada finalidad de contribuir a lograr la efectividad de la adhesión de Malasia en 1995 a la Convención de los Derechos del Menor de 1989. Los menores musulmanes ilegítimos se encuentran en peor situación que los no musulmanes: los primeros sólo tienen acción limitada contra su madre, mientras que los segundos pueden llegar a ser legitimados con arreglo a la legislación civil. Las estadísticas muestran que en el periodo 2005-2009 se ha consolidado la tendencia a incrementarse lentamente el número de hijos ilegítimos nacidos en Malasia (15), especialmente pertenecientes a minorías diferentes (hindúes y chinos). Se analizan las cinco reservas de la Federación al ratificar el Convenio (art. 2, relativo a discriminación; el art. 7, sobre nacionalidad; el art. 14, sobre libertad de conciencia y religión; el art. 28.1.a, libertad y obligatoriedad de la enseñanza primaria; art. 37, sobre tortura) y se trata de comprobar si están justificadas actualmente. Para equilibrar los derechos entre menores musulmanes y no musulmanes se propone que la Federación cumpla plenamente con la Convención. Los conflictos pueden resolverse por vía de la educación que corresponde a los padres, o por el procedimiento de mediación, y, en último término por los tribunales.

f) Sri Lanka

IS2010 (p. 367-391): Sharya SCHARENGUIVEL (Univ. de Colombo), *Reforming the marriage laws of Sri Lanka: A plea for the incorporation of international standards*.

El actual Derecho de Familia de Sri Lanka es un complejo normativo compuesto por una ley general y varias leyes particulares. La aplicación de estas últimas es tributaria de la pertenencia étnica de las partes interesadas, de su religión y, en ciertos casos, del estatuto personal del marido. Los conceptos contradictorios que subyacen en tales diferentes leyes ponen en peligro el principio constitucional de igualdad. La presente crónica plantea la oportunidad de adoptar una legislación uniforme, al menos de determinados aspectos

(15) En 2005 nacieron 22.512 niños ilegítimos; en 2006, 24.139; en 2007, 21.648; en 2008, 17.963; y, en 2009, 22.937.

del Derecho familiar cingalés (edad para el matrimonio, registro, unificación del domicilio y del estatuto personal, autoridad parental, guarda, deberes alimenticios, derecho sucesorio y divorcio). La actividad legislativa y jurisprudencial ha permitido establecer cierta igualdad (por ej., en materia alimenticia se ha logrado unificar la legislación respondiendo a estándares internacionales; la inscripción del matrimonio se ha generalizado). Por su parte, la jurisprudencia ha impuesto la protección del interés del menor, cualquiera sea la legislación aplicable. El autor concluye sobre la necesidad de uniformar la normativa familiar siempre que una ley local entre en colisión con los estándares internacionales. En la introducción histórica se alude a la lejana influencia del Derecho romano de la Escuela holandesa, y a la posterior ocupación británica que supuso la presencia dominante del *Common Law*.

IS2012 (p. 347-367): Sharya SCHARENGUIVEL, *The Sri Lankan general Law of marriage: Dutch, Victorian or indigenous*.

Minucioso estudio histórico y comparativo, ampliamente documentado, sobre la vigente regulación matrimonial de Sri Lanka sin conclusiones definitivas y categóricas. Constata que es ampliamente tributario del derecho holandés y del inglés, apenas evolucionado, así como del derecho consuetudinario local y que, en lo esencial, parece no responder a los valores dominantes en la sociedad actual sobre el matrimonio y el divorcio, aunque la falta de proyectos de reforma puede indicar lo contrario, es decir, que se adecúa al derecho consuetudinario auténticamente indígena. Concluye proponiendo que se fomenten las costumbres que reducen la importancia de la culpa en el divorcio y ponen el acento en la conciliación y en la mediación, que pueden servir mejor para la deseada modernización.

4. Oceanía

a) Islas del Pacífico

Se trata de cierto número de micro-estados, algunos todavía bajo régimen colonial, sometidos hasta su independencia a la autoridad de Alemania, Francia o Inglaterra, cuya influencia legislativa en mayor o menor medida se conserva, subsistiendo costumbres ancestrales y gran número de factores culturales y sociales, expe-

rimentando incluso el moderno fenómeno de la emigración laboral. Las crónicas seleccionadas agrupan, a veces, distintos territorios y suelen ofrecer novedosa información (al menos, con respecto al lector español).

IS2005 (p. 483-501): Jennifer CORRIN CARE (Univ. de Queensland) y Kenneth BROWN (Magistrado y fiscal de las Islas Salomón), *For better or worse: Marriage and Divorce laws in Solomon Islands*.

Hay dos legislaciones matrimoniales en vigor en las Islas Salomón, una oficial, heredada de la época colonial, francesa o inglesa, y otra meramente *oficiosa* basada en el derecho consuetudinario. Derivan de ello la diferencia de caracteres existente entre un régimen matrimonial oficial cuya filosofía está impregnada de derechos individuales, y otro consuetudinario, arraigado en una estructura social basada en las relaciones inter-familiares e inter-clanes. Cada ciudadano posee su *propio derecho* que ha sido *elegido*, y que puede ser determinante a la hora de establecer la ayuda económica complementaria en caso de ruptura. La crónica expone cada uno de dichos regímenes, examina su problemática, y con ayuda de la casuística analiza problemas concretos. Aunque por ahora estiman los autores que la dualidad debe continuar, ello no debe implicar que se abandone la idea de armonizarlos en el futuro, sobre todo en relación con los efectos de la ruptura, ni que se deje de prestar atención a las olvidadas parejas de hecho.

IS2006 (p. 407-429): Sue FARRAN (Dundee Univ. Escocia), *Living in sin paradise-Cohabitation in the South Pacific*.

Aunque a veces se describe a estos países exóticos como paraísos terrenales con libertad de costumbres, la autora reconoce que los países del sur del Pacífico no son un destino idílico para los que conviven sin estar casados. Lo que achaca a la influencia siempre presente de la moral protestante, a la obsoleta legislación colonial, al conservadurismo de los jueces y a las arraigadas tradiciones familiares. Sin embargo estos países se desarrollan y la sociedad cambia bajo influjos internacionales y de los *mass media*, originando que se incremente el número de parejas de hecho. El trabajo estudia la situación de las parejas no casadas en países sujetos al *Common Law*, en particular la Federación de Estados de Micronesia y las Islas Marshall, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón, Fiji y Vanuatu, Tonga

y Samoa. Se sugiere que imiten en la materia los ejemplos de Australia, Nueva Zelanda y Reino Unido. Se propone que se logre una jurisprudencia favorable a tales uniones. Alternativamente, que el derecho consuetudinario elabore reglas apropiadas sobre el tema. Que se invoque el derecho a no ser discriminados y se aproveche la legislación contra la violencia doméstica.

IS2007 (p. 291-307): Jennifer CORRIN CARE, *For better or worse: Marriage and Divorce Laws in the Kingdom of Tonga*.

Tonga es una monarquía hereditaria insular situada en el sur del Pacífico. La gran mayoría de su población (el 98 % de un total de 114.000 hab.) es de origen polinesio, y el resto melanesio. Lenguas oficiales son el tonganés y el inglés. La monarquía se estableció hacia 1850 y, en 1900, se constituyó en protectorado inglés. La iglesia y las autoridades tradicionales han sido y siguen siendo muy influyentes. Las fuentes del derecho son: la Constitución de 1875, la legislación local o estatal emanada de la Asamblea Legislativa y el *Common Law and Equity* en la medida en que sean compatibles con el derecho local (incluye adopción, tutela y régimen económico matrimonial). Pero en 2003 se modificó una ley de 1976 eliminando la referencia al derecho inglés para llenar las lagunas del derecho de Tonga. También sustituyó el divorcio culpable por el sistema objetivo. A diferencia de otros países vecinos, Tonga no reconoce valor de fuente supletoria al derecho consuetudinario. Sin embargo, en materia familiar los jueces la admiten de hecho. El Fiscal general ha resumido en 2003 la opinión oficial: "No creemos en los derechos individuales [...] El *way of life* de Tonga no se basa en los derechos individuales sino en los de la familia extensa y de la totalidad del país. Tenemos una escala colectiva de valores del pueblo, en donde radica nuestra fuerza, y que queremos conservar" (p. 306).

IS2008 (p. 295-313): Jennifer CORRIN, *Getting a fair share: Financial relief on breakdown of marriage in Samoa*.

Conocida ya en el primer milenio a. C. y habitada por polinesios, Samoa y se encuentra a mitad de camino entre Nueva Zelanda y Hawái y tiene hoy 182.000 hab. Se constituye como reino en 1881, siendo colonia alemana en 1900, aunque N.Z. asume el papel de país colonizador en 1914. En 1962 adquiere la independencia, per-

maneciendo en el sistema del *Common Law*, sujeta a las nuevas leyes que promulgue el estado, y sobre todo, al derecho consuetudinario, siendo muy confusas las relaciones entre estas fuentes. Actualmente los Tribunales dan a entender que una costumbre reconocida prevalece sobre la Constitución. Tiene muchas leyes familiares sectoriales. La crónica se centra en las ayudas económicas que se otorgan en caso de divorcio. Las fincas rústicas no son de propiedad privada sino que pertenecen a los *matai* que ostentan la titularidad sobre aquéllas. Se describe la regulación de los alimentos entre cónyuges y respecto de los hijos, así como la división de bienes en caso de ruptura. Están en desuso los alimentos por costumbre y se destaca la complejidad del estatuto de las tierras autóctonas.

IS2009 (p. 469-489): Jennifer CORRIN, '*Is it well with the child?*': *Custody of children in small South Pacific States*.

La crónica contiene amplia información sobre las Islas Fiji, Samoa, Salomón, Tonga y Vanuatu, así como referencias a islas más pequeñas como Kiribati, Nauru y Tuvalu. Con carácter general puede decirse que la tensión existente entre el derecho estatal y el consuetudinario en los pequeños estados de las Islas del Pacífico se manifiesta claramente en el Derecho familiar y, en particular, en el derecho de guarda de los hijos. En muchos casos tales conflictos se dirimen en el interior de la comunidad local, sin referencia al derecho formalmente en vigor; pero si alguna de las partes acude a un tribunal se aplica el derecho vigente. En este contexto los valores sobreentendidos en el derecho estatal y el consuetudinario son muchas veces irreconciliables. La crónica desarrolla el régimen de guarda en ambos ordenamientos, ilustrándolo con resoluciones judiciales cuyos fundamentos tratan de explicarse.

IS2011 (p. 313-334): Jennifer CORRIN y Lalotoa MULITALO (Univ. de Queensland), *Adoption and "Vae Tama" in Samoa*.

La adopción tiene mucha aplicación en el Derecho consuetudinario. *Vae Tama* es el proceso que traslada al menor del domicilio de sus padres biológicos al de otros parientes que, en adelante, cuidarán de él. Junto a esta institución existe la adopción estatal que está inspirada en ley de Nueva Zelanda de 1955. Los autores hacen un pormenorizado estudio de ambas figuras y proponen que ambas instituciones familiares coexistan en la práctica.

IS2012 (p. 283-298): Lalotoa MULITALO y Jennifer CORRIN, *Reform of maintenance and divorce laws in Samoa: Appropriate for the "Aiga"?*

En 2010 se modificó la Ley de divorcio de 1960 introduciendo la ruptura conyugal sin culpa (después de hacerlo las Islas Fiji). Además, los Tribunales pueden modificar el régimen económico matrimonial. Asimismo la Ley de filiación de 1967 autoriza al TS a modificar la guarda de los menores y la cuantía de la pensión alimenticia. Se expone el contenido de las reformas y se compara con el contexto social y cultural de Samoa, siendo positiva su valoración global. Insisten en la conveniencia de cuidar la traducción al lenguaje vulgar de los conceptos jurídicos familiares.

IS2013 (p. 399-412): Jennifer CORRIN, *Finding the Law on adoption in Vanuatu.*

Vanuatu (antes Nuevas Hébridas) es un pequeño estado insular situado en el sudoeste del Pacífico compuesto de más de 80 islas con una extensión de 12.189 km². El 95 % de la población pertenece a la etnia Ni-Vanuatu, que ha dado nombre al país. En 2012 tenía aproximadamente 230.000 hab. Son lenguas oficiales el bislama, el francés y el inglés, aunque hay más de un centenar de idiomas locales. El sistema jurídico vigente se caracteriza por un complejo pluralismo legislativo. Independiente desde 1980, la Constitución ha sido declarada la ley suprema. También legisla el Parlamento y posee valor la jurisprudencia del TS. Todavía se aplican normas francesas e inglesas de la época colonial. Pero también está muy presente el *Kastom* o derecho consuetudinario local. Legalmente la primacía corresponde al Parlamento, pero en materia de adopción no ha legislado todavía, lo que ha suscitado la incertidumbre sobre el derecho aplicable. Por otra parte, la Convención de 1989 ha sido ratificada e incorporada al derecho propio. No así la Convención de La Haya de 1993. El TS ha pronunciado dos importantes resoluciones en materia de adopción: *Re C*, en STS de 22 junio 2010, y *Re M*, en STS de 15 marzo 2011. En la primera, una ciudadana francesa solicitó la adopción de un menor de Vanuatu alegando que ella pasaba algunas temporadas en Nueva Caledonia. El Tribunal exigió que residiera un trimestre en Vanuatu. Entonces la solicitante acudió a los tribunales franceses invocando la aplicación de la adopción internacional. Resultó probado que nunca había residido en Nueva

Caledonia ni tenía intención de vivir un trimestre en Vanuatu, pero obtuvo la adopción con base en la legislación francesa. En la segunda se trataba de un matrimonio francés residente en Nueva Caledonia que quería adoptar a una menor de 13 años de Vanuatu. El tribunal de este país estimó probado que no se garantizaba que la menor no saliera de su país, rompiendo así su relación con la familia extensa, lo que perjudicaba a su bienestar. Si el primer caso se resolvió por la vía de la opción de la ley aplicable, en el segundo se denegó la adopción sin razones serias. Deben resolverse y aclararse estas dudas pues los casos se multiplicarán en el futuro.

IS2014 (435-455): Jennifer CORRIN y Eleanor FOOTE (Univ. de Queensland), *Failing to adopt a new approach: The Law of Adoption in Solomon Islands*.

En el Derecho de Familia de las Islas Salomón (16) colisionan agudamente el Derecho estatal y el consuetudinario, a lo que se añade el Derecho Internacional que muchas veces entra en conflicto con las tradiciones locales. Se estudia históricamente la adopción, partiendo de la ley inglesa de 1958, y la nueva Ley estatal de 2004,

(16) Quizá sea el país más extenso e importante de los aquí analizados. Las Islas Salomón constituyen un archipiélago del Pacífico Sur; se compone de 992 islas de diversas extensiones, de las cuales sólo 2/3 están habitadas. Su extensión total aproximada es de 1.340.000 kms². Su población llega aprox. a 560.000 habitantes, de los cuales el 94,5 % son melanesios, y el resto polinesios, micronesios, chinos y europeos. La población menor de 15 años representa el 40 % del total, y sólo el 20 % vive en zonas urbanas. Hay más de 70 lenguas vivas aunque la oficial es el inglés. Mayoritariamente es de religión cristiana (45 % anglicanos, 18% católicos y 12 % metodistas o protestantes). Entre el 70 y el 80 % de la población activa vive de la agricultura y de la pesca. Un tercio de las familias necesitan ayuda social para sobrevivir.

La cultura y la tradición juegan un importante papel en las relaciones interpersonales. Las personas siguen estrechamente vinculadas a la familia extensa. Las familias y las comunidades locales suponen un apoyo social. Los hijos son altamente valorados como mano de obra y futura salvaguarda de la familia extensa. En las áreas urbanas empieza a erosionarse este modo de vida, debido a los cambios sociales y al cambio de la economía de supervivencia a la de desarrollo económico, así como debido al fenómeno de la emigración por razones laborales. Pero estos cambios han incrementado las redes de ayuda familiar y la mayor adhesión de la población a las normas consuetudinarias.

con entrada en vigor en 2008, examinando la jurisprudencia suscitada. Pero no se han suscrito los Acuerdos de la Haya de 1993, aunque sí la Convención de 1989. La autora opina que se ha perdido la ocasión de integrar esta última y, sobre todo, de aclarar las relaciones con el Derecho consuetudinario, ampliamente discutido. Es tarea delicada conciliar la protección de los derechos humanos con el respeto a este último. Propugna soluciones creativas en vez de reformas meramente superficiales.

IV. BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO DE FAMILIA DE LOS PAÍSES CON INFORMACIÓN OCASIONAL

1. Europa

a) Albania

IS2009 (p.25-37): Ledina MANDIA (Univ. de Tirana), *Family Law relations between children and parents according to Albanian legislation-The meaning and importance of parental responsibility*.

Conocido este país antiguamente como Illiria, y habiendo sufrido muchas invasiones, ha conservado tradiciones propias en torno a la nación ahora denominada Albania, que se refleja en su Derecho familiar. En 1928 se promulga el CC de Zog, que fue el primer texto en sentido moderno que incluía las relaciones entre padres e hijos. Bajo el dominio comunista la legislación familiar reflejó las concepciones marxistas tal como aparecen en el Código de la Familia de 1981. A partir de 1992 se liberó de estas influencias, tratando de inspirarse en la Convención de 1989 y en otros textos internacionales. De ello derivan las reformas introducidas en el nuevo Código de la Familia de 2003. La crónica muestra las diferencias entre patria potestad o poder parental y responsabilidades parentales. La primera pone el acento en las facultades que se otorgan a los progenitores, mientras que en el nuevo CF se contempla la posibilidad de pérdida del poder parental cuando los padres abusan de su autoridad, se muestran negligentes en el cumplimiento de sus deberes o incurrir en actos delictivos. La pérdida de aquél se declara por los tribunales, aunque el nuevo CF no aclara si es mera suspensión y por cuánto tiempo, o si es definitiva. Se ha recibido el concepto del *the best interest of*

child, que se aplica a todos los menores, nacidos dentro o fuera del matrimonio. También se ha promulgado la Ley sobre violencia doméstica, de carácter penal.

b) Bulgaria

IS2005 (p. 119-131): Velina TODOROVA (Univ. de Plovdiv), *The new legislation on international adoption in Bulgaria: In the interest of children?*

Partiendo de un dato sociológico reciente, a saber, el crecimiento constante de las adopciones internacionales en Bulgaria de menores procedentes de las minorías étnicas (17), se llega a la conclusión de una falta de concordancia con la reciente Ley búlgara sobre el bienestar del menor (18). Se hace una crítica dura al Parlamento al afirmar que se ha utilizado la adopción internacional como fácil alternativa de un país con subdesarrollados servicios sociales dedicados a familias con dificultades, permitiendo *exportar* a los niños no queridos. La crónica efectúa una minuciosa descripción de la nueva Ley de adopción de 2003, al tiempo que replantea la aplicación de los principios internacionales en Bulgaria (19).

c) Finlandia

IS2008 (p. 75-103): Tuulikki MIKKOLA (investigador), *The risks and opportunities of foreign connections in marriages: The proprietary rights of spouses.*

La escasa información finesa en el IS aconseja destacar el interés de la presente crónica al ofrecer, más bien, una perspectiva del Derecho Internacional privado. Se trata de analizar el caso de los

(17) El 90 % procede de la minoría gitana (en 2002, se adoptaron internacionalmente 1.004 menores de dicha etnia, de un total de 1.119; en 2001, lo fueron 737 de un total de 827). No hay datos exactos sobre el número de adopciones internas aunque, según los servicios estadísticos, giran anualmente en torno a 1.500 las adopciones de mayores de tres años. Cada año nacen en Bulgaria entre 60.000 y 70.000 niños.

(18) Cfr. anteriormente Velina TODOROVA, *The Bulgarian child protection Act. The start of child welfare reform?*, en International Survey, 2002.

(19) Advuértase que no es el único país de Europa oriental que plantea una cuestión similar. Cfr. *infra* sub letra e) Rusia.

matrimonios de ciudadanos fineses con extranjeros, a quienes se aconseja, muchas veces, optar por la *lex sitae* a la hora de liquidar el régimen matrimonial de esas uniones (20). Ello le permite: i) Exponer el Derecho económico matrimonial finés en general; ii) ocuparse de las normas de su DIP; y iii) analizar los efectos jurídicos de las convenciones pactadas cuyo funcionamiento no se conocía *a priori* (por ej. sobre fiducia, *trust*, cuentas conjuntas, etc.).

d) Grecia

IS2005 (p. 267-274): Efie KOUNOUGERI-MANOLEDAKI (Univ. de Tesalónica), *Surrogate motherhood in Greece (according to the new Law on assisted reproduction)*.

El CC griego de 1940-1946 ha sido modificado por la Ley 3089/2002 en relación con la reproducción médicamente asistida. Esta ley incluye procedimientos médicos autorizados para la reproducción humana, así como normas en materia de filiación. La ley autoriza la maternidad subrogada bajo los siguientes estrictos requisitos: i) La mujer que desea tener un hijo debe estar médicamente incapacitada para llevar a término un embarazo natural; ii) la mujer que va a gestarlo debe estar médicamente en condiciones de hacerlo; iii) ambas partes celebran un contrato por escrito en el que debe constar expresamente que se ha excluido toda remuneración; iv) los óvulos fertilizados implantados en el útero de la madre portadora no deben ser suyos, sino únicamente de la madre que desea tenerlo o de otra mujer; v) ambas mujeres deben residir en Grecia. A instancia de la madre que desea tener el hijo el Tribunal comprueba que se han cumplido estos requisitos, en cuyo caso lo autoriza, y entonces se altera el principio general de que *mater semper certa est* y, al recibir la autorización, se convierte directamente en madre del niño que da a luz la portadora. Con anterioridad a la ley, se trataba

(20) Entre 1994 y 2003 se contabilizan en torno a 30.000 matrimonios celebrados por ciudadanos finlandeses en el extranjero. Por otra parte, durante los quince últimos años, el censo de extranjeros en el país ha pasado de 30.000 residentes a 120.000. No hay, sin embargo, estadísticas del número de ciudadanos fineses casados con extranjeros en el extranjero.

de una práctica no prevista en la norma, y era necesario proceder a adoptarlo (21).

IS2010 (p. 149-162): Penelope AGALLOPOULOU (Univ. de Pireo), *The institution of foster care for minors in Greece*.

Las familias acogedoras se introdujeron en Grecia por una Ley de 1992 y un Decreto presidencial de 1993, pero no tuvieron éxito por varias razones (posible inconstitucionalidad en ciertos aspectos y falta de coincidencia con el CC en algunos puntos y con la Convención de 1989, ratificada por Grecia en 1992). Al elaborarse la Ley 2447/1996 sobre Adopción, Tutela de Menores, Familias acogedoras y otras materias se vio la conveniencia de integrar el acogimiento en el CC, lo que se ha realizado a través de los nuevos arts. 1655-1665 CC. Recientemente el Decreto presidencial 86/2009 ha regulado los aspectos de organización y funcionamiento de la Ley de 1996, teniendo en cuenta la realidad social, el interés público, el interés del menor y los problemas particulares, especialmente administrativos que derivan del acogimiento.

Según el art. 1655 CC es acogedor o familia acogedora la tercera persona encargada del menor, previo acuerdo con sus padres biológicos o el tutor, o también por decisión judicial. Esta última debe tomar en consideración el interés del menor, el cual debe ser consultado según su madurez. Se prevén ayudas económicas para los acogedores en el cumplimiento de sus funciones. Los vínculos familiares del menor acogido con su familia biológica se conservan. Pero el art 1660 prevé que, en atención a la duración del acogimiento o a la debilitación de los vínculos con su familia de origen, una vez que el menor se ha integrado en la familia acogedora, ésta puede solicitar al Juez que se les conceda la tutela del menor. Hay un Registro Nacional de Familias acogedoras, y también la posibilidad de que el Juez revoque el acogimiento o se extinga por acuerdo.

(21) La autora entiende que la nueva norma se ha dictado en interés del menor. Si con ello se alude a la reducción del tiempo del procedimiento legal, cabe admitirlo. Pero resulta llamativo que la gran mayoría de países la ha prohibido, precisamente porque no se ve claro que se realice en beneficio del así procreado. Por otro lado, la práctica ha de demostrar que fácticamente se cumplen estrictamente los requisitos legales establecidos para la maternidad subrogada.

e) Rusia

IS2005 (p. 433-461): Olga A. KHAZOVA (Academia Rusa de Ciencias de Moscú), *Inter-country adoption: Though a large amount of law, still a lot of uncertainty*.

Se trata de un duro alegato, bien fundamentado, ante la opinión pública internacional, resumido en la frase o eslogan: *Rusia es uno de los principales países exportadores de niños para adoptar*. Fenómeno vinculado a la caída del Muro, cuya consecuencia fue el abandono generalizado por parte de la Administración estatal soviética del sostenimiento de los centros de acogida de menores, y el comienzo de una actividad febril de las agencias nacionales procedentes de los *países importadores de niños rusos* (22). Simultáneamente se puso en marcha la lenta máquina legislativa, regulando de modo sustancial la adopción internacional en 1993, y el CF aprobado

(22) Curiosamente el primer Código Familiar ruso de 1918 abolió toda forma de adopción, pese a que la Revolución soviética dejó sin hogar a más de siete millones de menores. Algunos opinaban que se trataba de impedir la explotación laboral de los niños adoptados. Pero en realidad tal prohibición obedecía sólo a razones ideológicas. Al seguir creciendo el número de niños sin hogar, el CF de 1926 reguló la adopción, que se utilizó con frecuencia para legalizar, alternativamente, las relaciones de los progenitores con sus hijos extramatrimoniales. Hasta el comienzo de los años 90 del siglo pasado la adopción sólo se aplicaba internamente, de modo que las adopciones internacionales eran raras y no precisaban de un régimen especial. Una vez estalló el *boom de la adopción internacional*, se abrieron en Moscú gran número de agencias extranjeras (en 2003 existían en Rusia 90 agencias extranjeras acreditadas, sospechándose que llegaban a 200 las agencias clandestinas), que han tratado de explotar un negocio que fija entre 20.000 y 30.000 dólares los *gastos anejos* a la formalización de los trámites de cada adopción. Las consecuencias finales han sido las de separar arbitrariamente a los hermanos, prescindir del consentimiento de los padres biológicos, saliendo ilegalmente del país un número creciente de menores, compitiendo entre sí las agencias más activas (norteamericanas, canadienses, italianas y españolas) en un floreciente negocio. Entre 2000 y 2003 las adopciones gestionadas por USA pasaron de 4.113 a 5.372. Las españolas pasaron de 464 a 1.128. En 1992 el gobierno estableció una moratoria, de modo que sólo los niños con enfermedades no atendibles en Rusia podían ser internacionalmente adoptados. Pero los certificados médicos solían ser mera formalidad. Las conclusiones finales de la autora hacen pensar en la subsistencia de un grave problema humano en la sociedad rusa (p. 458-461).

en 1975, ulteriormente modificado en varias ocasiones, tratando de poner orden en el procedimiento y de eliminar toda vergonzosa comercialización. Rusia ha suscrito y ratificado la Convención de 1989, aunque los Acuerdos de la Haya de 1993 sobre adopción internacional han sido suscritos pero no ratificados. La autora cree que las buenas intenciones del legislador ruso no se han cumplido, pues continúan en la práctica flagrantes incumplimientos de la normativa interna que otorga preferencia a los adoptantes rusos; no se ha logrado la transparencia del procedimiento, ni se ha acabado con las innumerables violaciones de los derechos de los menores.

f) Turquía

IS2006 (p. 469-480): Esin ÖRÜCÜ (Univ. de Glasgow), *The story of adultery in Turkey*.

El autor, colaborador habitual del *International Survey* (23), hace una detallada historia del adulterio en el Derecho turco. En el Imperio otomano, hasta 1915, no existieron causas específicas de divorcio dado que el marido no tenía que probar ningún motivo o causa de la ruptura del vínculo. Según el Corán, el adulterio era una infracción penal que se castigaba con cien latigazos aplicados tanto al marido como a la mujer, añadiendo el Califa Omar la pena de lapidación para la mujer, que se aplicaba raramente hasta que fue abolida por el Sultán en el siglo XVII. El Código penal otomano de 1858, inspirado en el francés de 1810, castigaba por igual con una pena de tres meses a dos años a ambos cónyuges, pero el marido sólo lo cometía si vivía en el domicilio conyugal con otra mujer. El CP de la República turca de 1926, inspirado en el italiano, elevó la pena de seis meses a tres años, pero empeoró la posición de la mujer ya que una única relación sexual bastaba para cometer delito mientras que el marido sólo era castigado si convivía con otra mujer en el domicilio conyugal, o en otro lugar reconocido. El TC en 1996 anuló el art. 441 que castiga el adulterio, pero sin aclarar el papel que sigue jugando en la sociedad. Se limita a denunciar el trato desigual que dispensa a ambos cónyuges y que viola el art. 10 de la Constitución. Propone al poder legislativo, o que suprima el delito, o que lo regule

(23) E. ÖRÜCÜ, *Family Law enters the new century*, *International Survey*, 2004, p. 469-482.

sin discriminación para la mujer. El poder legislativo ha optado por no regular la cuestión. En 1999 el TC ha declarado la inconstitucionalidad del art. 440 ya el marido quedaba en posición privilegiada. En 2005 se ha reabierto la discusión con ocasión de la redacción del nuevo Cp. Inicialmente el proyecto no mencionaba el adulterio, pero en el último momento algunos miembros del Gobierno han querido reintroducirlo, dando origen a una gran discusión que trascendió las fronteras. Unos defendían la moral social turca, que el TC había dejado sin resolver. Los opuestos a la regulación del adulterio alegaban un prejuicio político conservador o religioso, y veían en la introducción del delito un obstáculo para ingresar en la UE. El CP de 2005 lo ha omitido definitivamente, y sólo funciona en el ámbito civil como causa de divorcio respecto de ambos cónyuges, puede obligar a indemnizar el daño moral y otorga derecho a pensión. Añádase que el TC anuló en 1991 la prohibición civil de reconocer a los hijos naturales, lo que permite que el padre reconozca a su hijo adulterino.

IS2008 (p. 474-478): Selma ÇETINER y Armağan Ebru BOZKURT YÜSEL (Univs. de Ankara e Izmir), *'Fellow-wife' and the law*.

La 'Fellow-wife' viene a representar una forma de poligamia, pues se trata de la segunda compañera o segundo cónyuge no casado que convive con una pareja casada. Se analizan aspectos penales, civiles y psicológicos. La crónica se centra en la perspectiva civil dado que constituye una causa de divorcio para la esposa legítima, la cual puede reclamar además una indemnización por daño moral.

2. América

a) Bahamas

IS2005 (p. 89-105): Hazel THOMPSON-AHYE (Dupuch Law School, Nassau), *A view of some aspects of Family Law in the Commonwealth of the Bahamas*.

Hasta el 10 octubre 1973 las Bahamas eran una colonia inglesa, que se independizó ingresando en la *Commonwelth*. Puede considerarse uno de los países mejor conocidos del Caribe. Se trata de un archipiélago situado al sur de Florida, compuesto de 70 islas y cayos, de las que sólo 22 están habitadas por una población de unos 300.000 hab., que viven del turismo y del negocio bancario. La ma-

yoría de la población profesa el cristianismo, por lo cual su Derecho de familia trata de respetar y conservar sus valores religiosos, como expresa la Constitución, así como la herencia del *Common Law* inglés. Los actuales problemas a que se enfrenta pueden resumirse en la conocida canción caribeña: *Something old, something new, some things borrowed, make some blue*. Lo que significa, en este caso, la vieja ley inglesa de divorcio por culpa, la reciente ley inglesa sobre sucesiones, las aportaciones recibidas de otros países del Caribe sobre violencia doméstica, el estatuto del menor y las numerosas enmiendas relativas a la participación y sostenimiento de mujeres y niños en el cumplimiento efectivo de las sentencias que les favorecen. Todavía cabe esperar nuevos cambios

IS2009 (p. 93-115): Hazel THOMPSON-AHYE, *The Bahamas Child protection Act: A step in the right direction*.

En 1991 Bahamas ha ratificado la Convención internacional de los Derechos del Menor de 1989. Conforme al art. 4.º tiene la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y las demás que sean necesarias para incorporar los derechos reconocidos por la misma. La Ley de protección del menor de 2007 trata de cumplimentar tal obligación. Pese a obstáculos enormes, las Bahamas han dado un paso de gigante para la incorporación total de sus obligaciones en el ámbito de la Convención, ya sea introduciendo nuevas normas, modificando o derogando restos arcaicos de la precedente legislación. Pese a no ser una ley perfecta, constituye un esfuerzo digno de loa dirigido a garantizar a todos los menores los derechos civiles, políticos, económicos y culturales.

b) Chile

IS2005 (p. 155-172): Gabriel GARCÍA CANTERO, *Marriage and divorce in Chile*.

Al comienzo del siglo XXI Chile era el único país iberoamericano que no admitía el divorcio vincular debido, en parte, a la herencia del antiguo derecho español vigente en la época colonial, y también a haberse encontrado una vía relativamente fácil para obtener la anulación del matrimonio, a saber, por haber sido celebrado ante un oficial incompetente del Registro Civil (en realidad, una nulidad fraudulenta). Después de diez años de trabajos parlamentarios, la

nueva Ley número 19.947, publicada en el Boletín Oficial el 17 mayo 2004, ha regulado nuevamente el matrimonio civil, por un lado, reconociendo efectos civiles al matrimonio religioso y, por otro, introduciendo *ex novo* el divorcio en la legislación matrimonial chilena. Admite un sistema mixto en orden a las causas de la ruptura: a) hechos culpables cometidos contra el otro cónyuge o contra los hijos menores; b) por mutuo acuerdo después de un año de separación; y c) por voluntad unilateral de un cónyuge después de tres años de separación. Cabe otorgar una indemnización al cónyuge que ha sufrido perjuicios económicos debido a su dedicación durante el matrimonio a los hijos o al hogar. La doctrina es escéptica de su utilidad ante la existencia de tres millones de ciudadanos que viven en situación de pobreza y más de 800.000 bajo el umbral de la miseria. Se introduce la conciliación obligatoria para salvar el matrimonio y el recurso facultativo a la mediación matrimonial, cuyos acuerdos tienen el valor de una transacción judicial.

IS2014 (p. 45-49): Ursula POHL (Abogada), *The Mapuches and Chilean Family Law*.

La autora explica la dificultad actual para estudiar a los pueblos aborígenes, dado que el 75 % de los chilenos son mestizos. La crónica explora alguna de las tensiones existentes entre el derecho chileno de origen occidental y la cultura autóctona de los araucanos, llegados al territorio hacia 1350, y actualmente denominados mapuches, cuyos usos y costumbres se desconocen habitualmente, en la sociedad y por el legislador. Estos aborígenes vivían en tribus con organización autóctona y practicaban la poligamia, pero la República de Chile la prohibió en 1884. Argumenta que tal prohibición no ha impedido el incremento progresivo de los hijos ilegítimos (54 % en 2003 y 65 % en 2011). Ocurre que todos los chilenos otorgan un valor fundamental a la familia, incluyendo a los mapuches. Pero ninguno de los partidos políticos chilenos quiere reformar el Derecho de familia de origen o cuño occidental (24).

(24) Es encomiable el interés por conservar las tradiciones de los pueblos aborígenes en América, pero no se ve clara la relación directa entre el alto porcentaje de ilegitimidad en el país y la reclamación de la autora para que se legalice la poligamia en Chile.

c) México

IS2013 (p. 267-289); Graciela JASA SILVEIRA (Univ. de Sonora), *Family Law reform in Mexico City: The contemporary legal and political intersections*.

México es un país dividido en 32 entidades subfederales, de las cuales, hasta hace poco, 31 constituían estados soberanos y la otra funcionaba como Distrito Federal, que incluía a la Ciudad de México, capital de la nación que alberga a todos los poderes de la Unión, con 15 Delegaciones y 38 Municipalidades. Hasta 1997 la Ciudad de México estaba bajo la autoridad del Gobierno Federal, que se extendía también a las materias de Derecho privado. El Congreso tenía facultades legislativas en la Ciudad, para designar a los jueces, y organizar internamente el Distrito. El Presidente de la República nombraba los órganos ejecutivos y el Fiscal General. Esta situación había creado descontento creciente entre los habitantes del Distrito Federal. En materia civil existían el CC de 1928 para el Distrito Federal y el CC para toda la República. Pero entre 1986 y 2000 se ha producido una *transición democrática* que ha dado a la Ciudad de México independencia legislativa en diversas materias (así, por ej., derechos de los concubinos, estableciendo una *sociedad de convivencia* con amplitud de facultades; regulación del matrimonio homosexual con facultad de adoptar y divorcio unilateral), inspirándose en el propósito de incrementar los derechos individuales frente a los poderes del Estado Federal.

3. África (25)

En contraste con el Apartado II, son abundantes las crónicas incluidas en éste. A salvo la llamativa ausencia de países musulmanes (Egipto, Túnez, Argelia, Marruecos y Mauritania), se incluyen aquí crónicas legislativas de varios territorios que fueron colonias de las

(25) Resulta obligada reiterar la cita, con carácter general, de la excelente obra de Rodolfo SACCO, *Il diritto africano*, Utet, 1995, publicado dentro del *Trattato di Diritto comparato*, igualmente dirigido por el mismo autor, obra recientemente traducida al francés con notas enriquecedoras (*Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009). Las referencias que se hagan se tomarán de la edición francesa.

potencias europeas (se omite, sin embargo, a Guinea Ecuatorial), especialmente de Portugal, Inglaterra y Francia. Normalmente se comentan recientes normativas nacionales que tratan de incorporar los principios establecidos en Tratados internacionales, sean de alcance mundial o africano. Suelen mostrar con frecuencia las grandes dificultades de su puesta en aplicación derivadas del conocido retraso económico-social que sufren aquéllos y de la resistencia que en casi todos ofrece la supervivencia del Derecho tradicional, casi siempre consuetudinario.

a) Botswana (26)

IS2006 (p. 93-100): Tebogo JOBETTA (Univ. de Botswana), *Recent developments in Family Law in Botswana: The abolition of marital power Act.*

La nueva ley de 2004, aprobada debido a la presión de las organizaciones feministas, deroga el poder absoluto que hasta ahora detentaba el marido sobre la persona y bienes de la esposa, lo que requiere, sin duda, regular un nuevo régimen económico matrimonial. Se logra así alcanzar la situación jurídica de la mujer ya obtenida en 1984 en Sudáfrica y en Namibia en 1996. Con todo, su alcance es limitado porque se defiende hasta 2016 su entrada en vigor, y porque rigiendo un sistema de matrimonio civil obligatorio, no alcanza al matrimonio exclusivamente religioso, ni al regulado por las costumbres, ni a aquel matrimonio en que se pacte la comunidad de bienes. También se dispone que la mujer casada puede tener el domicilio del marido, o disponer de uno propio. El domicilio de los hijos dependerá del progenitor con el que conviven, o si conviven con ambos será el domicilio común familiar.

IS2012 (p. 27-41) Julia SLOTH-NIELSEN (Univ. de Western Cape), *A new children's Law in Botswana: Reshaping family relations for the twenty-first century.*

Botswana es un país totalmente rodeado por Sudáfrica, Zimbabwe, Zambia y Namibia. Su dispersa población alcanza dos millones de habitantes, de los que la mitad son menores de edad. Buena parte de su territorio lo constituye el famoso desierto de Kalahari.

(26) *Le Droit africain*, p. 289-296.

Con sus países vecinos tiene en común los devastadores efectos que en los menores está produciendo la epidemia del sida (ocupa el 2.º lugar entre los países del mundo infectados). El 35 % de las embarazadas dan positivo en la prueba. En 2007 se calculaba que había 111.000 niños huérfanos por dicha enfermedad. Por haber pertenecido al protectorado de Bechuanaland, el fondo común de su derecho lo constituye el *Roman Dutch and Common Law*, a semejanza con otros vecinos. Se diferencia de ellos en aparecer como país conservador al mantener la pena de muerte en su legislación. Su nivel de vida se considera intermedio debido a la explotación de las minas de diamantes, procurada por duraderos gobiernos estables cuya sucesión se ha producido pacíficamente. No obstante, la economía es mayoritariamente agrícola, con gran número de menores educados bajo regímenes sociales consuetudinarios, así como una significativa minoría nómada dedicada al pastoreo.

En el contexto social descrito se analiza la Ley sobre los menores de 2009, que representa un intento de incorporar al derecho interno los principios del Convenio de 1989, suscrito con amplias reservas, incluyendo una *mini-declaración de los derechos del menor*, aportando algunos elementos para elaborar el principio del interés superior del menor, prestando atención a situaciones de vulnerabilidad. Se tienen en cuenta algunas realidades tradicionales que se asimilan en ciertos casos a las atribuidas al nuevo Comité local del Menor. La Ley elabora una cuidada variedad de deberes paternos y el reconocimiento pleno de los parentescos de consanguinidad y afinidad, promoviendo la participación del menor en un contexto cultural en el que raras veces se le escucha. La autora concluye que esta Ley está destinada a convertirse, al menos, en un punto de partida fundamental para la reforma de las relaciones familiares y de su práctica, junto a la Ley de 2004 sobre la potestad marital.

b) Camerún (27)

IS2006 (p. 119-129): Ephraim NGWAFOR (Univ. de Yaoundé), *The Family Code: A satisfactory gestation period*.

Accedió a la independencia en 1960 y al año siguiente se transformó en Estado Federal. En 1972 se promulgó la Constitución de

(27) *Le Droit africain*, p. 313-320.

la República Unida de Camerún, que se compone del Camerún Este (territorio de la antigua colonia francesa) y del Camerún Oeste (antigua colonia inglesa), cuyo art. 38 dejaba en vigor el derecho vigente en cada una de sus partes, en lo no contrario a aquélla, mientras no se modificase legislativamente. Hubo transferencias de ciudadanos de una a otra parte, y ello fue el comienzo de no pocos conflictos administrativos y jurisdiccionales, que progresivamente se ha tratado de superar. Añádase la problemática del derecho consuetudinario constitucionalmente reconocido. Son constantes los problemas derivados de la opción jurisdiccional y de la determinación de la ley personal. Con la promulgación de la primera normativa sobre el Registro civil unificado en 1968 se intentó una armonización del Derecho de Familia, que no se logró, aunque en la reforma de 1981 se llegó a regular la capacidad para contraer matrimonio. En 2004 el Gobierno ha presentado públicamente un proyecto de Ley uniforme sobre cuestiones familiares que ha incrementado las esperanzas de que, a corto o medio plazo, se alcance el ambicioso objetivo, agregándola a otros textos legales unificados, como el Código penal, el Código del trabajo, la Ley de la tierra o el recientemente publicado Código de procedimiento criminal de 2005. El interesante trabajo resumido analiza en profundidad las siguientes materias: matrimonio, divorcio, régimen económico, adopción (que choca frontalmente con el derecho consuetudinario), tutela y otras cuestiones meramente aludidas (sucesiones, testamentos, donaciones).

IS2010 (p.63-93): Atangcho Nji AKONUMBO (Univ. de Yaoundé II-Soa), *Excursion into the 'best interests of the child principle' in Familtw Law and child-related laws and policies in Cameroon*.

A diferencia de la crónica anterior, la presente representa una visión crítica, apoyada en la descarnada realidad que brinda al lector elementos para una valoración de conjunto. Reconoce el autor que en muchos países los derechos del menor han sido un eje en torno al cual se han desarrollado homogéneamente las normas de Derecho de familia y la política relativa a los menores de edad. En la crónica se propone, bajo la óptica de los derechos fundamentales relativos al menor y respondiendo a criterios de interdependencia e indivisibilidad, valorar la aplicación del principio del interés superior del menor en el Derecho camerunés. Defiende que, pese a haber sido juzgados favorablemente los aspectos legislativos y políticos

de las reformas introducidas, sus resultados han sido más bien escasos, con la excepción de la justicia penal y, en algunos aspectos, de la laboral. No debe olvidarse que la aplicación de aquéllas han estado en buena medida condicionadas por la resistencia de los usos y costumbres tradicionales. No duda en calificar de *frívolo* el propósito de introducir en la práctica judicial la efectiva realización de los derechos del menor, cuando en el país no hay tribunales especializados, ni jueces adecuadamente formados en los derechos del menor, sin olvidar que la dualidad franco-inglesa de tribunales muestra la poca utilidad del doble modo de enfocar litigios iguales en el mismo país. La crónica concluye que, mientras lentamente se tratan de corregir las graves deficiencias producidas, el menor camerunés sigue siendo víctima de la ineficacia del sistema.

c) Ghana (28)

IS2006 (p. 235-244): Emmanuel QUANSACK (Univ. de Botswana), *Progress and retrogression on domestic violence legislation in Ghana*.

En Ghana la investigación sociológica y la prensa diaria indican que la violencia en general y, en particular, la ejercida frente a las mujeres, se ha incrementado en el último quinquenio sin que el derecho vigente logre detenerla. En este contexto se está discutiendo la *Domestic Violence Act*, cuyo objetivo es dotar a las víctimas de la violencia de medios para lograr órdenes de protección. Sin embargo el proceso parlamentario se ha retrasado por los enconados debates que han suscitado cuestiones concretas, tales como introducir la violación de la mujer por su marido. La Coalición Nacional para la legislación sobre las violencias familiares responde al hecho de que 26 países se han dotado de acciones para perseguir criminalmente a tales maridos y que uno de los principios de la cultura ghanesa es la dignidad de los seres humanos. El proyecto promueve el respeto de la persona en el seno de la familia y rechaza todas las formas de violencia. Se espera un acuerdo que supere el debate y posibilite la aprobación de la Ley. Opina el autor que la aprobación del proyecto representaría el primer paso para que el país cumpliera sus obligaciones internacionales. A su juicio era innecesario un periodo tan prolongado de gestación parlamentaria de la ley.

(28) *Le Droit africain*, p. 371-379.

d) Kenia (29).

IS2005 (p. 393-415): Michael NYONGESA WABWILE (Univ. de Eldoret), *Rights brought home? Human rights in Kenya's Children Act 2001*.

La Ley de los Menores de 2001 ha incorporado la mayoría de las normas obligatorias del Convenio de 1989, así como de la Carta Africana de los derechos y bienestar del menor de 1991, aspirando a convertirse en la "Carta Nacional de los Derechos del Menor" que haga efectiva la incorporación de los instrumentos internacionales al derecho doméstico. Además se introducen conceptos como los de la responsabilidad parental y nuevas modalidades de adopción nacional e internacional que permitan dotar al país de un Código moderno de los derechos de la Infancia. El autor se centra: i) En el estudio de los derechos económicos y sociales del menor; ii) en los derechos de los padres; y iii) en el impacto de las nuevas normas en materia de adopción. Describe con todo realismo los escollos y dificultades que encuentra la aplicación de los derechos sociales y económicos de los menores y ofrece posibles soluciones para superarlos. Concluye (p. 413 ss.) afirmando que la pobreza es el principal reto para la puesta en aplicación de la nueva Ley, que es la causa de gran número de abandonos de menores por sus padres y que impide la introducción de un mínimo sistema de seguridad social (propone que en cada familia sólo se beneficie a un menor de 18 años). En todo caso la Ley de 2001 es el primer paso para lograr la protección de los menores, pero debe complementarse ineludiblemente con una política social efectiva, de nada fácil puesta en práctica.

IS2014 (p. 255-273): Fareda BANDA (Univ. de Londres), *Changing the Constitution and changing attitudes: Recent developments in Kenyan Family Law*.

El país ha experimentado una década de turbulencias políticas subsiguientes a elecciones muy discutidas que finalizaron con procesos en el Tribunal Criminal Internacional de La Haya. Pacificado el país, se producen importantes cambios jurídicos como la aprobación de la Constitución de 2010, y la promulgación de la Ley patrimonial del matrimonio de 2013 que, por primera vez, admite la aportación de bienes no monetarios al matrimonio (así, el trabajo doméstico

(29) *Le Droit africain*, p. 389-396.

habitualmente desarrollado por la mujer). Desde 2007 se discute en el Parlamento un proyecto de racionalización de los sistemas matrimoniales vigentes, admitiéndose, aunque con muchas críticas, la poliginia. Se analiza la jurisprudencia en materia de liquidación de bienes por muerte, orientada actualmente hacia una distribución más justa de los bienes conyugales. Se echa en falta una regulación adecuada de la transexualidad, pues a estas personas se les exige una clara determinación de su sexo a la hora de expedir documentos de identidad; además los tribunales superiores se muestran más bien contrarios a la admisión de esta situación de la persona.

e) Lesotho (30)

IS2014 (p. 309-323): Julia SLOTH-NIELSEN (Univ. de Western Cape), *Protecting orphans and vulnerable children in Lesotho: An assessment of the Children's protection and welfare Act 2011*.

Lesotho es un pequeño país montañoso incrustado en Sudáfrica, antiguamente denominado Basutholand, colonizado por Inglaterra en 1860. Se independizó en 1966, siendo una monarquía tradicional de algo menos de dos millones de habitantes, con una democracia frágil y una economía ganadera, con la exportación hidráulica como única fuente de riqueza y la emigración laboral hacia las minas sudafricanas (el 60 % de los varones se ven forzados a ella). Más de la mitad de la población vive bajo el umbral de la pobreza y sufre el azote del sida, especialmente los menores de edad. La Ley de 2011 sobre la protección y bienestar de los menores trata de prestar asistencia a la población más vulnerable. La autora critica las deficiencias de la misma al no regular una base jurídica sólida para la adopción internacional y la colocación de los menores en familias de acogida. Igualmente, denuncia la ausencia de protección sexual de los adolescentes, que atribuye al contexto social conservador del país.

(30) *Le Droit africain*, p. 397-400.

f) Malawi (31)

IS2009 (p. 255-274): Thoko KAIME (Univ. de Londres), *Socio-legal approaches to children's rights under the African Charter on the rights and welfare of the child: A discussion of methodology*.

La Carta africana de los derechos y bienestar del menor, adoptada en julio de 1990 y que entró en vigor el 29 noviembre 1999, ratificada por 39 de los 54 estados africanos firmantes, es objeto de una investigación bajo la perspectiva del derecho internacional y de otra teórica, de carácter antropológico y sociológico, que concluye en valorar positivamente la función que los propios menores pueden jugar en la misma investigación. El autor ha realizado la investigación en el interior del país.

IS2012 (p. 201-214): Lea MWAMBENE (Univ. de Western Cape), *Child care, protection and justice Act: Merging customary Family Law?*

Se ha considerado durante mucho tiempo que las prácticas consuetudinarias representaban un obstáculo para la puesta en aplicación de los derechos del menor en Malawi, debido a que ciertas costumbres y creencias parecían incompatibles con los derechos de la persona. Sin embargo la Ley de 2011, que ha desarrollado el art. 23 de la Constitución, la Convención de 1989, y la Carta africana (ambos textos suscritos por el país), han incorporado directa o indirectamente ciertas reglas y prácticas consuetudinarias en el sistema de protección de la juventud y en la promoción de los derechos del menor. La crónica estudia las interrelaciones entre ambas clases de normas y en qué medida es posible compatibilizarlas. Pese a haberse reconocido legalmente algunas costumbres, debido al hecho de haber omitido otras que representan, a juicio de la autora, una respuesta más adecuada a las violaciones de los derechos del menor, y dado que la mayoría de los menores siguen rigiéndose por normas consuetudinarias, la decepcionante conclusión es que la ley de 2011 puede haber nacido muerta.

(31) *Le Droit africain*, p. 405-412.

g) Mozambique (32)

IS2014 (p. 339-359): Usang Maria ASSIM y Aquinaldo MANDLATE (Univ. de Western Cape), *The right to alternative care for children deprived of a family environment: Overview of international norms and the legislative framework of Mozambique*.

Según datos del Banco Mundial (2012), la población de Mozambique se aproxima a los 25 millones de habitantes, representando los menores de edad más de la mitad de tal cifra. El sida produce gran número de muertes entre la población, con la consecuencia de numerosos huérfanos que viven en la pobreza o condenados a trabajos indignos o excesivos para subsistir. La crónica se centra en las obligaciones internacionales asumidas por el país cuando falta la familia natural, utilizando los mecanismos contenidos en la Ley del Menor y en el Código de la Familia, que han integrado aquellas normas internacionales, lo que debe valorarse positivamente aunque se está a la espera de su reglamentación interna. Hace falta además enmarcar la adopción internacional en este contexto y aceptar que la integración del menor en la familia extensa sea también una de las soluciones posibles, sin dejar de reconocer eficacia a la mera incorporación informal del menor en el ámbito de los parientes.

h) Namibia (33)

IS2009 (p. 301-327): Manfred O HINZ y Clever MAPAURE (Univ. de Namibia), *Legal pluralism and the apartheid past: Challenges to Namibian Family Law reform and development*.

Interesante, extensa y bien documentada crónica (34) sobre un país de tradición romano-holandesa que coexiste junto a la del *Common law* inglesa, el cual, un cuarto de siglo después de su independencia, ofrece una compleja mezcla de diversos estratos de normas y sistemas jurídicos. Las normas pre- y post-independencia coexisten también con Derechos consuetudinarios primitivos. Los

(32) *Le Droit africain*, p. 431-439.

(33) *Le Droit africain*, p. 441-443.

(34) Con amplia documentación en la que se incluyen crónicas anteriores de F. BANDA, en "The International Survey", 1998, p. 265 ss. y D. HUBBARD y E. CASSIDY, en *id.*, 2002, p. 255 ss. sobre el Derecho familiar en este país.

derechos y libertades de la Constitución de 1990, así como las obligaciones derivadas de la ratificación de varios tratados internacionales, ejercen una influencia considerable en el Derecho familiar namibio. La crónica trata de leyes recientes sobre obligaciones alimenticias, vacaciones parentales, violencia familiar, delito de violación, estatuto del menor, derecho sucesorio y régimen de las tierras ancestrales. Luego se ocupa de las reformas legislativas sobre el matrimonio y el derecho sucesorio consuetudinario, la protección de la infancia y el derecho consuetudinario en general. El resultado es un difícil pluralismo, un dinamismo impulsado desde el exterior siempre en acción y un inacabado proceso de reforma.

i) Nigeria (35)

IS2007 (p. 245-255): Hauwa Evelyn SHEKARAU (Univ. de Londres), *Developments in Nigerian Family Law: 2002-2006*.

Esta crónica se presenta como continuación de la publicada en “The International Survey” (2003) p. 337 ss. y se ocupa de la Ley de los derechos del menor de 2003 y de otra Ley del mismo año sobre la prohibición del tráfico de personas. La primera, cuya elaboración parlamentaria ha durado diez años, es el desarrollo en el derecho interno de la Convención de 1989 y su relevancia ha crecido al incorporarse a la misma diversas normas constitucionales sobre derechos de los menores (36). La segunda es de carácter penal y administrativo para combatir otra plaga social derivada de la actuación de grupos organizados nacional e internacionalmente que, a gran escala, trafican sobre todo con menores y mujeres. También se ocupa de la aplicación del Derecho islámico en relación con el matrimonio, su disolución y el derecho sucesorio. Este derecho siempre se ha aplicado en Nigeria a los musulmanes, –siguiendo la escuela Maliki–, cuando lo son todos los interesados, constituyendo uno

(35) *Le Droit africain*, p. 453-463.

(36) A título de ejemplo se subraya la enérgica prohibición de celebrar matrimonio los menores de edad, dado que es práctica consuetudinaria muy extendida que las adolescentes ya no tengan su primer periodo menstrual en el domicilio paterno. De aquí derivan el gran número de matrimonios con niñas cuyo destino muchas veces es la esclavitud o la explotación sexual y, en todo caso, la interrupción de su formación escolar.

de los componentes del pluralismo jurídico nigeriano, contando con tribunales propios en materia civil. Finalmente se examina un caso resuelto por el TS en el que se aplican costumbres discriminatorias para la mujer en materia testamentaria.

IS2010 (p. 255-278): Dejo OLOWU (Univ. de North-West), *Women, children and the family under Nigerian law: Developments after a decade of democratic experimentation*.

La presente crónica no se limita a continuar el criterio de la anterior sino que ofrece un juicio general enmarcado en los acontecimientos políticos que ha vivido este país, el más extenso y poblado del continente africano. Colonia británica, se independizó en 1960 y, hasta 1999, estuvo sometido a un régimen dictatorial, centralizado y represivo, especialmente durante sus dos últimas décadas, transitando lentamente desde esa fecha hacia un régimen democrático. Hoy se configura como una Federación muy diferenciada en dos partes, una musulmana y otra cristiana, que no siempre coexisten armónicamente entre sí y con el resto de población fiel seguidora de las religiones tradicionales. Se analizan las diferentes normas modernizadoras promulgadas en el último decenio en relación con la mujer, los menores y la familia, con inspiración en los textos internacionales que el país ha suscrito, pero se denuncian sus carencias a nivel local, que constituyen lagunas flagrantes que obligan a nuevas reformas por parte de los dirigentes políticos. En muchas comunidades locales siguen aplicándose normas consuetudinarias claramente contrarias a aquéllos.

j) Sierra Leona (37)

IS2008 (p. 356-366): Lotta TEALE (Abogado), *Developments in Sierra Leona an Family Law in 2007*.

El país ha figurado en el último puesto de los índices de la ONU en materia de desarrollo humano, de género y económico. En 2007, tras larga discusión, se aprobó la Ley sobre los derechos del menor; y, con urgencia, en el mismo año, las leyes sobre violencia familiar, inscripción registral de los matrimonios consuetudinarios, divorcio y transmisión de inmuebles. Se considera que esta legislación co-

(37) *Le Droit africain*, p. 493-498.

rrectamente aplicada puede contribuir a mejorar la situación de las mujeres y los menores en el país.

k) Tanzania (38)

IS2006 (p. 444-467): Bart RWEZAURA (Univ. de Hong Kong) y Ulrike WANITZEK (Univ. de Bayreuth), *The constitutionalisation of Family Law in Tanzania*.

Esta crónica muestra un procedimiento, en cierto modo original, para introducir en un país del continente africano los nuevos principios internacionales para modernizar efectivamente su Derecho familiar ancestral. En otros muchos países de este continente se ha seguido el normal de ofrecer un asidero externo al legislador nacional ratificando los conocidos textos internacionales. En la realidad su eficacia dista de ser plena por la fuerza que conservan las tradiciones y costumbres pre-coloniales que han sobrevivido a la independencia. Muchos juristas son conscientes de la necesidad de redoblar los esfuerzos para eliminar tales obstáculos. En 1984 se introdujo en la Constitución de Tanzania una Carta de derechos humanos, sugiriendo a un grupo de jueces *seniores* de los Tribunales Superiores una vía para introducir reformas familiares importantes que hacía tiempo que el legislador no se decidía a implantar. Paralelamente hubo litigantes que se atrevieron a reclamarlos judicialmente. Así, por ejemplo, la prohibición de discriminación por razón del sexo ha permitido que en materia de divorcio y de sucesiones se haya protegido a las mujeres divorciadas y a las viudas; también que se haya resuelto más adecuadamente el conflicto sobre quién es el pariente legitimado para decidir las exequias del cónyuge premuerto (tema tradicionalmente regulado por las costumbres). En materia de menores se ha aplicado el criterio del mejor interés a los hijos nacidos fuera de matrimonio a la hora de atribuir su guarda. Este movimiento calificado de *constitucionalización del Derecho de familia* no es algo aislado sino que se enmarca en el proceso de liberalización política y económica que caracteriza últimamente a la sociedad civil de Tanzania.

(38) *Le Droit africain*, p. 511-519.

I) Uganda (39)

IS2005 (p. 511-528): Lilian TIBATEMWA EKIRIKUBINZA (Univ. de Makerere), *Juvenile justice and the law in Uganda: Operationalisation of the children Statute*.

Estudio sociológico sobre el tratamiento penal de los menores delincuentes ante la *High Court* de Uganda realizado por un bufete especializado en el tema, que nos informa sobre los diversos tribunales que pueden intervenir. La Ley de 1996 reconoce la vulnerabilidad de los menores y la necesidad de tratar a los que han cometido delitos según los principios internacionales. Se tiene en cuenta la edad y el desarrollo del menor delincuente. La mayoría civil se alcanza a los 18 años, y la penal a los 12. La ley trata de lograr que la rehabilitación del menor delincuente -en interés suyo, y probablemente, de la sociedad- debe lograrse en el ámbito de la comunidad local más bien que en el sistema oficial, es decir, que prioritariamente la ley trata de sustraer a los menores del ámbito de la justicia penal, y ello en todos los escalones del sistema de justicia juvenil. El primero es el de la comunidad, ya que la ley otorga a los Comités del Consejo Local facultades para juzgar a los delincuentes menores de 18 años; si la supera se supone que el Consejo sólo acudirá en último término a la reclusión del menor, dado que su objetivo es el de adoptar medidas extrajudiciales para obtener la mejor reinserción del menor en su comunidad. El análisis de los expedientes que llegan a la *High Court* muestra que los tribunales inferiores actúan contrariamente a los principios de la justicia juvenil, aplicando sin más los criterios correspondientes a los adultos. Parece que los magistrados no han asimilado que en caso de reos menores no deben aplicar las reglas del juicio contradictorio. La Ley sobre la Infancia prevé que si un menor es juzgado por Tribunales distintos del Tribunal de la familia y del menor, especializado en la delincuencia juvenil, se debe encomendar a éste la fijación de la pena. Se presupone que posee preparación adecuada para hacerlo. Pero la experiencia demuestra que nunca la *High Court* ha utilizado tal procedimiento, sino que los menores por ella enjuiciados reciben penas institucionalizadas.

(39) Le *Droit africain*, p. 465-472.

Con cita de doctrina norteamericana se concluye solicitando que los menores delincuentes sean juzgados por Tribunales especializados cuyos magistrados sólo se ocupen de ese tipo de reos.

m) Zambia (40)

IS2008 (p. 495-521): Chuma HIMONGA (Univ. de Cape Town), *Breaking the tie, enduring fragmentation and reform beyond 2007: The matrimonial causes law*.

El autor se ocupa de las siguientes materias: i) Jurisdicciones familiares; ii) relaciones con el Derecho matrimonial inglés; iii) visión general de la Ley de 2007; y iv) necesidad de racionalizar en el futuro la materia de la nueva ley. Alcanzada la independencia en 1964, la *Matrimonial Causes Act 2007* constituye la mejor prueba de que el país ya no depende de la Ley X vigente en Inglaterra, en relación con las cuestiones matrimoniales de las parejas casadas civilmente. También encuentran explicación sus lagunas, dado que no siempre se han tenido en cuenta las singularidades locales, la falta de consolidación y racionalización de los problemas del matrimonio civil, así como la reforma de los matrimonios consuetudinarios. Habrá que esperar a otra ley matrimonial complementaria.

n) Zimbabwe (41)

IS2007 (p. 333-351): Fareda BANDA (Univ. de Londres), *Developments in Zimbabwe*.

La crónica denuncia la contradictoria actitud de algunos países en situación de crisis, pues el Estado parece funcionar de algún modo paralelo y duplicado. Por un lado adopta normas progresistas contra la violencia en la esfera privada, mientras que por otro no duda en cometer, o hacerse cómplice de actos de violencia en la esfera pública, especialmente en materia de administración de justicia (corrupción, intimidación a los jueces, etc.). La crónica se centra en la exposición de la Ley sobre violencia doméstica de 2006, y en el

(40) *Le Droit africain*, p. 535-543.

(41) *Le Droit africain*, p. 545-552.

análisis de la jurisprudencia a propósito de la liquidación y distribución de los bienes después del divorcio. Concluye alabando la actitud de los jueces que no renuncian a ejercer sus funciones pese a las presiones que reciben.

IS2014 (p. 491-503): Fareda BANDA, *The Constitution of Zimbabwe 2013-A constitutional curate's egg*.

La promulgación de la Constitución de 2013 es el acontecimiento jurídico más importante en dicho año. Sus disposiciones incidirán, al menos, en la aplicación del Derecho de Familia por los tribunales. Las garantías constitucionales de igualdad y no discriminación, especialmente entre los sexos y en el interior de la pareja, van a confrontarse con gran número de disposiciones discriminatorias que subsisten todavía entre los cónyuges. También la cultura y las costumbres deberán respetar tales principios pues, hasta ahora, habían logrado mantener una desigualdad de derechos sucesorios en contra de la mujer. Habrá que revisar las leyes de ciudadanía, así como el trato discriminatorio respecto de la mujer casada. El carácter estrictamente heterosexual del matrimonio que mantiene la Constitución impide toda referencia a los derechos de las personas homosexuales.

4. Asia

a) Azerbaiyán

IS2005 (p. 69-88): Makhabbat DAMIRCHIEVA (Univ. de Bakú), *Family Law in the Republic of Azerbaijan*.

Después de su independencia de la URSS se promulgó la Constitución de 1995 que expresamente establece la protección de los derechos de la familia, menores y mujeres, al mismo tiempo que la igualdad de derechos entre los sexos. El desarrollo de estos principios choca con la legislación precedente, todavía en vigor, originando problemas en el periodo transitorio. En materia familiar se promulgaron los códigos familiares de 1928 y 1970, bajo el dominio soviético, y el de 2000, después de la liberación, que es ampliamente descrito, incluyendo la Ley de los derechos del menor de 1999 (así, la celebración y disolución del matrimonio, derechos y deberes de los cónyuges, régimen económico, derechos y deberes de padres

e hijos, obligaciones alimenticias entre parientes, adopción, tutela y derecho internacional privado) y también el funcionamiento del RC después de su Reglamento aprobado por el Consejo de Ministros en 2003.

b) Hong Kong

IS2014 (p. 153-164): Anne SCULLY-HILL (Univ. de Hong Kong), *Re-forming Hong Kong Family Law: Still more to do?*

En 1997 este territorio recibió una *mini-constitución*, o Ley Básica, negociada entre el Reino Unido y China, para regir durante 50 años, protegiendo los derechos fundamentales de los residentes, entre ellos, el de contraer matrimonio. Éste pertenece a la tradición del *Common law*, y se ha invocado en el caso de una persona inscrita como varón en el RC, que recibió un tratamiento psiquiátrico y hormonal, a cuyo término médicamente se le reasignó el sexo femenino. El Tribunal de Apelación ha reconocido en 2013 su derecho a casarse en el nuevo sexo. En 2010 se ha aceptado la noción de *propiedad matrimonial*, y en los procesos de divorcio se llega a la división por mitad de las ganancias. También en 2012 se introdujo una *Guía procesal práctica* que se aplica cuando se discute sobre la audiencia a los menores a efectos de decidir sobre su guarda.

c) Singapur

IS2006 (p. 375-393): Wai Kum LEONG (Univ. de Singapur), *A communitarian effort in guardianship and custody of children after parent's divorce*.

Afirma la crónica que Singapur, al igual que todos los países, se adhiere resueltamente al principio de la necesaria protección de los hijos menores contra los efectos nefastos del divorcio de sus padres. Trata de demostrar, aportando doctrina y jurisprudencia, que la legislación, de origen inglés, en materia de autoridad parental y del derecho de guarda ha evolucionado a la luz de este principio. Todo ello se complementa con la creación de servicios sociales y judiciales que la comunidad ha puesto en funcionamiento con idéntico propósito. En prueba de ello muestra el contraste entre la *sola guarda*, y la *responsabilidad parental conjunta*, que se va abriendo paso en la jurisprudencia.

5. Oceanía

a) Papúa Nueva Guinea

IS2014 (p. 395-418): John Y LULUAKI (Univ. de Papúa Nueva Guinea), *Customary polygamy, human rights and the Constitution in Papua New Guinea*.

Se ha seleccionado esta crónica en atención a la singularidad del tema, escasamente tratado -fuera de los países musulmanes-, y a la falta de información para el público español. Se trata de un tema original que no deja de sorprender por sí mismo y por los argumentos que se hacen valer (42). La poligamia, especialmente la poliginia, forma tradicional de matrimonio en el país, es tema ampliamente debatido en Papúa Nueva Guinea. Los opuestos a su admisión alegan que no es institución cristiana, viola la Constitución, resulta discriminatoria respecto de la mujer, cuya dignidad y derechos fundamentales se violan, es origen de muchas separaciones matrimoniales y de violencia en el interior del hogar y produce efectos económicos negativos contribuyendo a la superpoblación y al avance del sida. Pero el autor trata de demostrar que, tras las críticas, hay un desconocimiento de lo que significa la poliginia consuetudinaria. No se propone defender la institución sino poner de relieve que las críticas desconocen la realidad social. Además entiende que en el marco de los derechos fundamentales, la poliginia no es algo intrínsecamente pernicioso sino que ello depende de su reglamentación, al afectar a varias personas. La siguiente propuesta del autor no resulta fácil de compartir para los juristas de formación occidental, pues sostiene que no viola los derechos fundamentales de la persona, sino que es resultado de una elección que sí es un derecho fundamental (43). Afirma que una discusión objetiva sobre la poligamia sólo es posible si se prescinde de los prejuicios, las expe-

(42) Cfr. supra (III, 4) algunas referencias parciales al Derecho familiar de este país,

(43) La propuesta no parece aplicable a otros derechos fundamentales. Imaginemos que se dejase al reo la elección de la norma penal que aplica la pena de muerte a determinados hechos por él cometidos. Si el reo la elige y resultaba condenado ¿cabría afirmar que por haber admitido el reo tal posibilidad judicial la sentencia en su contra dictada era conforme con los derechos humanos?

riencias personales y las ideas preconcebidas. La cultura no impide el ejercicio de la libertad de opción; el reto estriba en facilitar la libre opción respecto de la poligamia en el contexto cultural establecido en la Constitución. La poligamia permite a cada país desarrollar normas locales de un derecho subyacente que reflejan las diversidades culturales, consuetudinarias y tradicionales. En todo caso la servil copia de normas extranjeras e internacionales en derecho interno ha frenado el desarrollo de temas locales en un país tan diversificado como Papúa Nueva Guinea. El TS ha admitido la constitucionalidad del matrimonio polígamo, aunque todavía no se ha pronunciado específicamente el TC.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Llegado a su fin este extenso trabajo, conviene precisar –como se advirtió inicialmente– que no se trata de una recensión al uso, aunque aquí hubiera cabido hacerla, en sucesivos años, en relación con cada uno de los diez volúmenes resumidos y explicados de una sola vez (44). De haber seguido este método creo que hubiera sido sumamente dificultoso que el lector hubiera captado esa visión general y amplia –mundial, planetaria, ecuménica– a que alude el título, y que ninguna otra publicación conocida logra obtener. El decenio contemplado consigue, a mi juicio, transmitir esa otra realidad, un tanto difuminada pero real, en el mundo occidental, de la conocida división *Civil Law-Common Law*; y ello nos sitúa en un indiscutible plano de Derecho comparado, que primordialmente persigo. También desearía con este trabajo rendir homenaje a la ISFL, en agradecimiento por lo mucho recibido durante cuarenta años de pertenencia a dicha Asociación. Homenaje que extendiendo al extenso grupo de familiaristas españoles, a quienes animo a seguir trabajando con la mayor información comparativa posible. Incluyendo a quienes, de alguna forma, se consideran discípulos míos, y han optado o bien deciden hacerlo ahora, por esta especialización. Puedo asegurarles que no se verán defraudados.

(44) Aprovecho este inciso para destacar la espléndida presentación formal –cuya uniformidad se ha logrado– de todos y cada uno de esos volúmenes, que los sucesivos responsables de su publicación han cuidado irreprochablemente.

POR QUÉ -Y CÓMO- SE LLEGA A HEREDAR

(La sucesión *mortis causa* en el Código Civil)

Domingo Irurzun Goicoa

Notario honorario

SUMARIO

- I. LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*: SUS CARACTERES ESENCIALES
- II. EL TRÁNSITO SUCESORIO ES SU INEVITABLE PRESUPUESTO
 - 1. Qué es el tránsito sucesorio
 - 2. El tránsito sucesorio y sus cauces en el artículo 658 CC
 - A) La delación sucesoria en el cauce testamentario
 - B) La delación sucesoria en el cauce legal o legítimo
 - C) El nombramiento del destinatario de la delación
- III. EL NOMBRAMIENTO DE HEREDEROS POTENCIALES
 - 1. Significado y valor jurídico de ser heredero potencial
 - 2. Sus caracteres distintivos
 - 3. Efectos del nombramiento

I. LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*: SUS CARACTERES ESENCIALES

El Código civil, a cuyo ámbito de aplicación se limitan estas notas, tiene en su Libro Tercero, "De los diferentes modos de adquirir la propiedad" un Capítulo al que denomina "De las sucesiones", en plural, aunque sólo trata en él de una sucesión, la que se produce por causa de muerte. (1)

Esta sucesión *mortis causa* consiste, como cualquier otra, en un relevo de personas; hay una persona que reemplaza a otra y pasa a ocupar el lugar, posición o cargo que aquélla ha dejado vacante.

Por ejemplo, sucesión en la Sede Apostólica, en el cargo de Ministro de Fomento, en la custodia de un protocolo notarial, en la titularidad de un crédito hipotecario por cesión de derechos, en la situación de dueño de una finca por compraventa, en la cualidad de deudor por subrogación en el pago de una deuda, etc.

Ahora bien, dentro del género "sucesión" a que pertenece, la que nace por causa de muerte es la de mayor trascendencia social, y está revestida de unos caracteres peculiares que constituyen otras tantas diferencias específicas que le dan su particular naturaleza. Son las que siguen.

— 1.º El primordial, el que la tipifica y da nombre, es que sea *la muerte la que ha causado la vacante* del lugar, situación o cargo de que se trata, al alcanzar a la persona que lo ocupaba. Ello es lo que motiva la necesidad del relevo.

— 2.º Ese relevo o reemplazo es *absolutamente forzoso*. El lugar, posición o cargo vacante ha de ser ocupado ineluctablemente por un

(1) Conviene aclarar, desde el principio, que "heredar" y "suceder por causa de muerte" son expresiones equivalentes, lo mismo para el profano que para el perito en Derecho, porque tanto el heredero como el legatario o el legitimario suceden y heredan al causante. Pero en puridad, sólo del que es heredero, del sucesor universal, se puede decir que adquiere "la herencia", el conjunto de lo relicto por el causante. El legatario o el legitimario tan solo suceden en unos concretos bienes de esa herencia o en una cuota de su activo. Por eso, aunque todos son sucesores, sólo el heredero "hereda", porque sólo él, en cuanto sucesor universal, recibe el patrimonio relicto como conjunto unitario, conforme más adelante se puntualizará.

sucesor, sin que nunca pueda existir excepción alguna. *Todo difunto ha de tener un sucesor, sin falta ni excepción alguna.*

— 3.º El sucesor por causa de muerte que contempla el Código civil releva al difunto *en su lugar patrimonial*, y le reemplaza en su calidad de titular del patrimonio que le pertenecía, y en la medida en que ello sea posible, es decir, con relación exclusiva a aquellas relaciones jurídicas patrimoniales que no sean de naturaleza estrictamente personal del difunto. Las que fueron sus relaciones “personalísimas” se extinguieron, por serlo, cuando la muerte puso fin a su personalidad.

Que la sucesión no sea un relevo en la personalidad es por completo natural. La personalidad es una parte esencial de la persona del difunto, puesto que es el modo de que la persona se haga presente y se manifieste en la vida jurídica.

El mundo moderno hubo de romper –y lo hizo con estrépito– con lo que era el modo en que los romanos se veían obligados a entender la sucesión por causa de muerte como una *continuación de la personalidad del difunto*, que le servía de punto de apoyo útil para justificar importantes instituciones sociales, políticas y religiosas que había ido creando.

— 4.º Contemplada en el aspecto de que, en cuanto sucesión, es un modo de adquirir, lo verdaderamente característico, lo propio y exclusivo de la sucesión por causa de muerte es que constituye el único medio existente en el Código para *adquirir el conjunto de todas las relaciones jurídico-patrimoniales* de naturaleza transmisible de que el difunto era titular activo o pasivo (bienes, derechos, obligaciones y cargas), es decir, su *patrimonio*, en el momento de fallecer.

Atendida su colocación sistemática en el Libro Tercero, la sucesión por causa de muerte es un especialísimo modo de adquirir ya que constituye el único modo de transmitir y adquirir, en un solo acto, globalmente, el patrimonio relicto por el causante, con su activo y su pasivo, integrado por todas y cada una de las relaciones jurídicas de que era titular el difunto, pasa como una unidad ideal y sin más requisitos, al nuevo titular.

Y esta adquisición del patrimonio, así realizada en esta sucesión es radicalmente distinta y contrapuesta por completo con el sistema

que rige en los actos *inter vivos* para la adquisición o asunción de cada una de tales relaciones activas o pasivas, separadamente.

La eficacia de la adquisición o asunción *inter vivos* se supedita en la mayoría de los casos a que se haya obtenido la prestación del consentimiento de terceras personas o a que se les haya hecho una notificación fehaciente del acto. Nada de ello es preciso cuando se sucede por causa de muerte y se adquiere el patrimonio del que forman parte las antedichas relaciones jurídicas.

Todo cuanto ha quedado expuesto, vacante por muerte, necesidad de que la sucesión se produzca, sentido patrimonial de ésta y relevo en la titularidad del patrimonio del causante, se conjuga armónicamente porque su conjunto viene causado por el hecho de que la muerte de una persona extingue su personalidad y deja sin sujeto a todas las relaciones jurídicas que le afectaban y que devienen así carentes de todo posible ejercicio y cumplimiento.

El caos que tal carencia desencadenaría no puede ser admitido por el Ordenamiento jurídico, que ha de asumir que es a él a quien incumbe la tarea de evitarlo. Y lo evita, con apoyo en graves motivaciones económicas, sociales, políticas y jurídicas, por medio de la creación de este instituto de la sucesión *mortis causa* ineluctable, en cuya virtud se logra que la muerte de una persona sea pasiva, que se conservan unificadas en la configuración de *patrimonio*, que permanece transitoriamente sin sujeto hasta que lo halle en el sucesor que se le proporcione y que lo recibe y asume con efectos que se retrotraen al momento en que el causante falleció.

— 5º. La sucesión se consuma cuando la persona a quien le ha sido ofrecida a causa de que es la señalada por la ley, realiza un acto expresivo de su voluntad de suceder adquiriendo el patrimonio relicto por el causante. Sin este acto la adquisición no se puede producir. (2)

(2) En rigor, lo que se acaba de decir -no en cuanto a la necesidad del acto voluntario sino a los efectos que produce de consumir la sucesión- es cierto en el caso de que sólo exista un único sucesor del causante, porque su adquisición del patrimonio relicto se transforma automáticamente en la adquisición de la titularidad activa o pasiva de cada una de las relaciones jurídicas que lo integraban..

En cambio, cuando hay una pluralidad de sucesores, nace entre ellos una comunidad incidental sobre el patrimonio relicto, el cual subsiste mientras

Este acto, *cuando procede de la persona adecuada conforme al Derecho*, es el que le convierte en sucesor, relevando al que fue titular del patrimonio relicto. Es un acto de ejercicio de su libre voluntad, que nadie le puede imponer. Con igual libertad dicho acto podría ser expresión de una voluntad por completo contraria, consistente en rehusar o rechazar la sucesión y la sucesión no se da en él.

Sólo hay una excepción, la de que tal persona sea aquel sucesor último y forzoso que toda sucesión exige. En nuestro Derecho esta persona es el Estado, que hereda siempre que ninguna otra haya querido o no haya podido suceder. Y adquiere el patrimonio relicto forzosamente, por imperativo legal, sin que necesite realizar ningún acto de voluntad y sin que le sea dado rehusar la sucesión.

RECAPITULANDO, la sucesión por causa de la muerte de una persona se refiere al patrimonio que ha dejado y al que se ha de dotar de un nuevo titular que reemplace al fallecido.

La sucesión por causa de muerte es por tanto, en su más genuino sentido, la sucesión universal, comprensiva del patrimonio global del causante, con todo su activo y todo su pasivo. Ello no obsta a que, además, puede también presentar con carácter complementario una segunda versión limitada a una parte del activo, en lo que es la sucesión singular o particular. Ejemplo de ella son los legados y las legítimas.

En la sucesión universal, a la que en general nos hemos de referir, hay unos términos conocidos que son el causante y su patrimonio. Y se trata de dotar a éste de un nuevo titular, su sucesor, que es un desconocido por el momento.

Desde el día en que se produce la apertura de la sucesión por la muerte del causante, su patrimonio, su *herencia yacente*, se halla en espera del nuevo titular que necesita y al que con tal fin tal patrimonio le ha de ser ofrecido por darse en él la causa o razón jurídica que lo justifique.

A conocerlo, a determinar quién va a ser el destinatario de esta oferta, a quién le puede corresponder la sucesión del fallecido. va a poder ser este sucesor va encaminado el tránsito sucesorio.

no se practique la partición hereditaria que extinguirá la antedicha comunidad. Cuando la partición sea otorgada y cada comunero resulte adjudicatario de las relaciones activas y pasivas que le correspondan, es cuando se puede decir que la sucesión se ha consumado.

II. EL TRÁNSITO SUCESORIO ES SU INEVITABLE PRESUPUESTO

1. Qué es el tránsito sucesorio

Las ideas, absolutamente elementales, que sobre la sucesión *mortis causa* se acaban de exponer, para ser rectamente comprendidas, necesitan ser puestas en conexión con lo que es su imprescindible presupuesto, es decir con el tránsito sucesorio.

No puede haber sucesión sin un previo tránsito sucesorio porque el resultado en que consiste la esencia de la sucesión, la adquisición del patrimonio relicto y el consiguiente subingreso de un nuevo titular en todas y cada una de las relaciones jurídicas que lo integraban, es algo de lo que no cabe pensar que surja de la nada.

Para que aquello “de lo que resulta la sucesión” se ponga de manifiesto es necesaria una adecuada y congruente preparación previa, y eso es lo que el legislador hace al crear el instrumento idóneo para ello, ese procedimiento civil al que llamamos tránsito sucesorio, cuyo único cometido es indicar y nombrar la persona o personas a las que, según las normas, corresponde suceder al causante por estar llamadas a ello.

Así pues, en nuestro Código civil, el tránsito sucesorio se encamina a encontrar la persona o personas a las que, conforme establecen sus propias normas, les corresponda la sucesión de un causante determinado.

No se dirige, por tanto, sino a aplicar en un caso concreto las normas generales reguladoras de la sucesión, designando con precisa individualización las personas a las que corresponda suceder al causante de que se trata porque es en ellas en las que se da, con preferencia respecto de cualquier otra, el motivo, causa o razón justificativa para suceder.

2. El tránsito sucesorio y sus cauces en el artículo 658 CC

A la regulación del tránsito sucesorio dedica el Código su artículo 658 cuyo texto dice:

La sucesión se defiende por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también defe-

rirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley

El acierto de esta redacción, que resulta en verdad sorprendente, radica a mi juicio en que acometa esa regulación desde el punto de vista de la delación sucesoria y de los cauces por los que discurre.

Ya en mi época de opositor me llamaba la atención que el artículo 658 utilizase un verbo como "deferir", un cultismo de raro uso incluso entre cultos, que chocaba con la sencillez y llaneza que caracteriza la prosa de nuestro primer texto legal. Pero, curiosamente, es el que proporciona la más simple y perfecta explicación de lo que es el tránsito sucesorio y de su cometido.

Y, por añadidura da la clave que permite diferenciar con total nitidez algo que la mayor parte de nuestra mejor doctrina confunde, (o no distingue con la necesaria precisión): la vocación y la delación.

Ello es así porque, en efecto, la acepción más propia del verbo latino *defero, defers deferre, detuli, delatum*, es la de "llevar hacia alguien", la de "ofrecerle" o "formularle un ofrecimiento". Y el mencionado supino, **delatum**, por tanto, se debe traducir por "lo ofrecido".

Con ello el artículo 658 con su frase "la sucesión se defiere" o, como decimos, "la sucesión se ofrece", equivale a decir, ya que el objeto de la sucesión es la herencia yacente del causante, que lo deferido, lo ofrecido, es esa misma herencia. Es decir, expresa con total precisión y meridiana claridad la esencia de lo que es el tránsito sucesorio. Que la herencia *yacente*, privada de su titular por la muerte del causante, pueda ser ofrecida al que haya de relevarle y ocupar su puesto.

3. La delación sucesoria y su destinatario

El cometido del tránsito sucesorio es realizar la delación sucesoria, lo que, equivale a decir que es la delación de la herencia misma, objeto y contenido de esa sucesión, el patrimonio al que la muerte del causante dejó sin titular.

Pero esa delación u ofrecimiento de la herencia, objeto de la sucesión, carece de todo sentido si no se ofrece a alguien. (3)

(3) No hago sino reproducir en este campo lo que Antonio HERNÁNDEZ

Porque no se trata de una oferta genérica dirigida al mundo entero, como podría ser la que se hace al mejor postor. Es un ofrecimiento, una delación restringida que se limita a un destinatario concreto, a *alguien*, alguien al que, por puro sentido común, se le ha de ver conectado al causante por una conveniente y adecuada relación justificativa con los caracteres que la ley exige, en general, para suceder a quienquiera que haya fallecido. Y que requiere de él la correlativa y congrua respuesta.

Por ello la delación sucesoria se halla en una íntima relación de dependencia con la determinación de su destinatario. Y el tránsito sucesorio es el procedimiento a través del cual, y previa concreción de las causas que lo vinculen al causante, se busca, se tiene que encontrar y se encuentra ese destinatario, la persona o personas que, a tal fin, han de quedar determinadas con imprescindible precisión para que reciban su oferta a título de destinatarios de ella.

Bien puede decirse, por tanto, para ir delimitando con mayor precisión el objetivo que el tránsito sucesorio persigue, es decir, el de hallar el destinatario de ese ofrecimiento de la sucesión y herencia, y que eso ha de hacerse en justicia, y de modo necesario porque en tal destinatario concurren las justas razones que la ley ha establecido para heredar y que le hacen *estar llamadas a esa herencia* con preferencia frente a cualesquiera otras.

Para conseguir esa doble finalidad el mencionado artículo 658 establece los dos cauces que vimos y a través de los cuales se ha de determinar la persona o personas a quien corresponda ser destinatarios de la oferta de sucesión.

Pero, aunque ambos cauces tengan ese mismo doble cometido, lo consiguen de muy distinto modo. En el cauce sucesorio la determinación de la personas es casi instantánea, aunque sufren demora su firmeza y su efectividad; por el contrario, en el legal, designar las personas lleva un cierto tiempo necesario para la tramitación del procedimiento que exige, pero, hecha la designación, su efectividad es inmediata.

GIL ya advirtió con admirable perspicacia, al tratar de la apertura de la sucesión: que la sucesión siempre se abre *para alguien*. Figura en sus *Lecciones de Derecho Sucesorio (Resumen de explicaciones de cátedra)*. Sucesores de Rivadeneyra SA, Madrid, 1968, p. 40.

Pasemos, pues, a examinar esos dos cauces por el orden establecido.

A) El destinatario de la sucesión en el cauce testamentario

En este cauce es el hombre, el propio futuro causante, el que en su testamento –y sólo en él– determina e indica cuál es la persona (o personas) a las que quiere que sea ofrecida o deferida la herencia que deje a su fallecimiento.

Y ha de hacerlo, si lo hace porque como vamos a ver puede omitirlo, con una total precisión, *nominatim*, con expresión de los nombres y apellidos de tales personas y. en su caso, con la de las circunstancias precisas para lograr la identificación del nombrado sin posibilidad de duda alguna, según resulta exigido por los artículos 772 y 773 y concordantes.

Y así se nombra por el testador –en lo que desde antiguo, y sin excesivo acierto, se viene denominando, “institución de heredero”– a la persona que quiere que sea su sucesor, la que en su mente es su heredero, pero que no es más que aquél a quien está ofreciendo su herencia.

Puede parecer extraño, pero cualquier Notario con experiencia ha tropezado con algún testador convencido de que la persona a la que designaba heredero en su testamento, “tenía que serlo” “estaba obligado a serlo”. (Por cierto, que, a pesar de ello y curiosamente, era muy consciente de que él siempre podría cambiar el testamento en que le nombraba).

Y no necesita dar la menor explicación de cuál sea la causa o razón que le haya llevado a la elección del que nombró, porque no hay otra que su simple voluntad. La sucesión se defiende por la voluntad del hombre expresada en testamento válido y eficaz. Sin más.

Pero, lo que expresaban los romanos en su brocardo *Ambulancia es voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum* lo recoge con fidelidad nuestro Derecho al establecer que el testamento es siempre revocable, aun contra la voluntad del propio testador su otorgante. Y no es fácil decirlo con mayor rotundidad que la empleada por el artículo 737 del Código.

La consecuencia lógica es que, al designar la persona, el testador le atribuye con plenitud el derecho a heredarle

La cláusula testamentaria de institución de heredero, sin embargo, ya ha dejado de tener en nuestro Código civil el valor capital que ostentaba en la legislación romana de que procede; ya ha dejado de ser lo que en ella era, *caput et fundamentum totius testamenti*. El artículo 764 dispone que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero.

La consecuencia de esta abierta y absoluta ruptura con la tradición romana es que la falta de la voluntad del hombre para determinar a quién ha de deferirse la sucesión deja abierto el paso a que lo haga la ley.

Sin la cláusula de "institución de heredero" el testamento existe y tiene vigencia. Pero, a pesar de ello y *aunque no falta testamento*, la carencia de la designación de quien pueda ser sucesor universal hace que la sucesión tenga que ser deferida por disposición de la ley (*vide* artículo 912), lo cual provoca la coexistencia de los dos sistemas, el testamentario y el legal o legítimo.

Ambos se han hecho compatibles, con lo cual se rompe también con el sistema consagrando una nueva ruptura con lo que imperaba en la época clásica de Roma. Contra el axioma romano *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, el artículo 658,3.º permite que la sucesión pueda deferirse en una parte por voluntad del hombre (la sucesión singular, en el activo) y en otra por disposición de la ley (la sucesión universal, en el activo y en el pasivo hereditarios).

B) El destinatario de la delación en el cauce legal o legítimo

Hallar ese destinatario en este cauce es de una complejidad muy superior y ello se debe a que cuando la delación se desarrolla por disposición de la ley ésta ha de establecer los criterios que han de presidir esa delación y de hacerlo en justicia en beneficio de una sociedad a la que le es absolutamente imprescindible que toda sucesión llegue a consumarse.

La ley no obra caprichosamente, "porque sí", aunque no ponga obstáculo alguno a que el testador pueda actuar de tal modo. Pero ella, la ley, ha de buscar como destinatario a quien en justicia le deba corresponder.

Y ello requiere que la búsqueda del destinatario de la delación se tenga que desarrollar en dos períodos distintos.

En el primer periodo se da la **fase legislativa**, y en aras de la justicia, se analizan en él las ideas que, en la materia, puedan servirle, en un doble aspecto, el de encontrar las justas causas del ofrecimiento que se haga, y la persona, única o plural, a quien se haya de hacer ese ofrecimiento.

Las causas que justifican el ofrecimiento no pueden ser sino los mismos criterios familiares y sociales que sirvieron para dar base a la necesidad de imponer la sucesión, por causa de muerte, en sí misma considerada. Las expone el Código al regular la sucesión intestada en los artículos 913 al 958.

En tales preceptos, y para esa regulación, forma clases, órdenes y grados. Las clases son los grupos de personas llamadas a suceder en virtud de un especial criterio: parentesco familiar, matrimonio y ciudadanía, (artículo 913), subdividido el primero, el parentesco, en órdenes y grados, que sirven para crear unas normas de preferencia que fijen a quién corresponde la sucesión. Y el parentesco se combina con el criterio del matrimonio, que se incrusta en aquel orden, llamando al cónyuge del causante después de sus parientes en línea recta y antes que a los de línea colateral.

Pero utiliza la propia exposición de tales criterios para hacer, conjuntamente, la determinación de las personas que han de recibir el ofrecimiento; y en tal sentido, y por todo ello, se suele decir en la doctrina que en tales normas se hace a las indicadas personas los *llamamientos para suceder*

Las expresión es adecuada porque es a tales personas, a los llamados, a los que la ley *convoca* (*con-voca*) con el fin de ofrecerles la sucesión universal de quien fallece sin un testamento que lo disponga, ese causante con el que de algún modo están relacionadas.

Se llama en primer lugar a los parientes de primer grado en la línea recta descendente, con exclusión de los de grado posterior, si bien puede darse, por excepción, la concurrencia de parientes de grado desigual cuando se produce la llamada representación sucesoria, que el Código denomina "derecho de representación" en el artículo 924. (4) Si no hubiere parientes de primer grado, se llama

(4) A efectos que en este momento son de simple información conviene advertir que, en contra de lo que es común doctrina de muchos autores, ni este artículo 923, ni tampoco el 940 (que se aplica a los sucesores de grado desigual en la línea recta ascendente) constituyen lo que suele lla-

a los de segundo (y, en su caso, a los posteriores) con la misma excepción.

A falta de parientes de la línea recta descendente, corresponde heredar a los de la ascendente, con igual preferencia de los más próximos en grado, pero sin que se admita el llamado derecho de representación, vetado en esta línea por el artículo 925.

El cónyuge sobreviviente no separado judicialmente o de hecho, es llamado a heredar cuando se haya frustrado el llamamiento a los parientes en línea recta, y se antepone a todo pariente en línea colateral.

En defecto de cónyuge viudo idóneo, son llamados los hermanos, segundo grado en la línea colateral, sean de vínculo doble o sencillo, con posible concurrencia de los hijos de hermanos a quienes corresponda el derecho de representación. A falta de hermanos e hijos de hermanos, la ley llama los parientes de tercer y cuarto grado, más allá del cual ya no hay llamamientos, sin distinción de líneas y sin representación sucesoria.

Si faltan parientes dentro del cuarto grado, la ineludible necesidad de que todo fallecido tenga un sucesor, hace que deba aplicar el tercer criterio, el jurídico-político, el de la ciudadanía, en cuya virtud y de modo ineludible, se llama a suceder, y sucede, el Estado.

El segundo período comienza con la muerte de un causante determinado y en él se desarrolla la **fase ejecutiva** cuyo cometido es individualizar las personas del entorno familiar y social de aquél, y a las que se han de aplicar las normas que se acaben de exponer, establecidas en la fase legislativa.

Esta individualización se realizaba hasta fecha reciente en unos procedimientos que, a instancia de parte interesada, se tramitaban ante la autoridad competente, Juez o Notario, según las normas contenidas, respectivamente, en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en el Reglamento Notarial. Hechas las alegaciones y practicadas las pruebas que se hubieren estimado oportunas, el proceso o el acta concluían con una decisión final consistente en designar a tales

marse "formas especiales de suceder". Los parientes a quienes afectan tales normas realizan una sucesión *mortis causa* absolutamente normal, aunque se les someta a un régimen especial relativo al contenido de esa sucesión, cuyos efectos se producirán en fecha muy posterior a la de suceder, cuando se practique la partición hereditaria.

personas dando sus nombres y apellidos y, caso necesario, cualesquiera otras circunstancias que pudieran ser necesarias para evitar cualquier duda o confusión.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 creó, entre los actos de jurisdicción voluntaria, un proceso incoado a instancia de parte, que concluía con el Auto judicial de declaración de los herederos abintestato. Y estaba dedicado, tras la realización de las pruebas que el Juez estimase oportunas, a la concreción de las personas vivas al fallecer el testador en las que recaía aquella declaración, unas vez enumeradas e identificadas con sus nombres y apellidos.

Este procedimiento siguió en vigor con la vigente LEC del año 2000, pero limitado en su aplicación a los casos en que la sucesión se atribuía a parientes colaterales o al Estado; porque, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal ya había modificado el artículo 979 de la L.E.C. y le dio la siguiente redacción:

"La declaración de que determinadas personas, que sean descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, son los únicos herederos abintestato se obtendrá mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa".

La citada legislación notarial regula dicha acta de notoriedad en el art. 209 bis del Reglamento –en sumisa y obligada concordancia con la precitada Ley 10/1992–, para los casos, más sencillos, en que la sucesión corresponda a los mencionados familiares del causante, los más próximos y allegados.

Pero en el corriente año 2015, se promulga la Ley de Jurisdicción Voluntaria del 5 de julio que ha dado un vuelco total a la normativa mediante lo que su propio Preámbulo denomina desjudicialización de estos expedientes, todos los cuales quedan sujetos a la competencia notarial con una sola excepción, la del Estado que se realiza por vía Administrativa tras la modificación del apartado 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La competencia notarial se extiende a todos los expedientes que afecten a familiares del causante vinculados a él por parentesco

en línea recta o colateral, o por vínculo matrimonial o similar, caso de las parejas de hecho. Y el acta notarial de notoriedad tiene por objeto en este cauce legal o legítimo del tránsito sucesorio relativo a un causante determinado, hallar las personas designadas como destinatarias de la sucesión, la causa de que es en ellas –y exclusivamente en ellas– en quienes se dan las circunstancias que la ley exige para llamarlas a la sucesión y atribuirles el derecho a heredar.

C) El nombramiento del destinatario de la delación. Su valor

El tránsito sucesorio legal o legítimo, finaliza cuando el Notario da por concluida el acta de notoriedad tramitada y dicta su decisión final en la que designa con absoluta precisión identificatoria las personas a las *que la ley ha llamado para esa sucesión* a causa de que *son los destinatarios de la delación sucesoria intestada*.

Como lo es, en la testamentaria, el que el testador ha designado para que le suceda porque, siendo un llamamiento para heredarle que no requiere más justificación que la de la propia voluntad (5), y que implica ya por sí mismo el ofrecimiento de la herencia.

Se trata del acto en que quedan conjugados, yuxtaponiéndose, desde el punto de vista subjetivo, el llamamiento para heredar que ahora, cuando ya va a ser operativo, gana el nombre de VOCACIÓN y, en el aspecto objetivo, la oferta o DELACIÓN de la herencia.

Es el acto de nombramiento de destinatarios de la delación sucesoria, pero que la potenciará hasta darle su valor de **ser**.

III. EL NOMBRAMIENTO DE HEREDEROS POTENCIALES

Aunque el artículo 209 bis del Reglamento Notarial no emplee estas palabras "**nombramiento de herederos potenciales** del

(5) En efecto, en la elección de personas que el testador hace para designar a quien desea que le herede, su libertad es omnímoda. Ya ha desaparecido la obligación que tenía en nuestro antiguo Derecho de designar en tal concepto a sus hijos; nada ni nadie puede poner traba alguna a su libertad de elección ni exigirle la menor explicación de la causa de hacerla. (Cuestión distinta es que la ley se considere obligada a conceder a los hijos de todo causante un derecho de sucesión *singular, no universal*, que constituya para aquél una carga con la que ha de pechar *vellis nollis*).

causante”, no hay más plausible interpretación de lo que quiere expresar al decir en su párrafo final que, acreditada la notoriedad de los hechos, “declarará [el Notario] qué parientes del causante son los herederos “ab intestato”. (...) En la declaración se expresarán las circunstancias de identidad de cada uno y los derechos que por Ley le corresponden en la herencia”. (6)

El protagonismo que tiene **el heredero en la sucesión** consumada tiene su apoyo y fundamento imprescindibles en el protagonismo que **en el tránsito sucesorio corresponde al potencial heredero**.

1. Significado y valor jurídico de ser heredero potencial

Su significado es, sencillamente, el de **atribuirle el derecho a heredar**. Es ese derecho a la herencia” mencionado –se podría decir que apenas aludido– en el artículo 991 como requisito que se ha de tener para aceptar o repudiar una herencia, junto a la certeza de la muerte de la persona a la que haya de heredar.

Una vez fallecido el causante y abierta, correlativamente, su sucesión, el que “haya de heredarle” deberá estar cierto de su derecho a la herencia para que pueda aceptarla o repudiarla.

El que “ha de heredar” no puede ser otro que el llamado por la ley para ello, con preferencia sobre los demás o concurriendo con quienes gozan de análoga preferencia, y a quien le es ofrecida la herencia. Y el derecho a la herencia tampoco puede ser sino el que permite aceptarla o repudiarla.

Al nombramiento le añade la ley ese derecho a heredar al causante cuyo contenido es la opción de aceptar o repudiar la herencia, el mismo viejo *ius adeundi vel repudiandi hereditatis* del Derecho

(6) Es muy de lamentar que en la reforma que recibe este artículo en el Real Decreto 45/2007 se vuelva a recaer con esta frase en el viejo error, cuando pocos meses antes la Dirección General de los Registros y del Notariado, en sus Resoluciones, ya había reconocido, especialmente en la de 28 de julio del 2006 que “la calidad de heredero nace por la aceptación de la herencia” y que la declaración que el Notario hace en el acta “no es suficiente para acreditar[la]”.

Por supuesto, cuanto queda dicho debe considerarse referido igualmente a la decisión del Juez en el llamado expediente de declaración de herederos abintestato.

Romano, que el Código conserva en su prístina pureza, sin la menor alteración y respecto del cual me he atrevido a proponer en otra ocasión, que también se le podría denominar *ius vocationis vel delationis*. (7)

Frente al heredero actual que ha consumado ya la sucesión, el potencial sólo tiene el derecho de opción que le permite decidir por su sola y libre voluntad si quiere o no convertirse en heredero actual. La opción sólo permite elegir entre dos posibles respuestas: sí o no.

El "sí", la aceptación, lo es del nombramiento y a la vez de la herencia, y en base **al título causal o material de la sucesión** de este determinado causante, (8) porque engendra y justifica en él la sucesión del fallecido reconociendo que se ha dado la causa, la razón que el Derecho exige. Una vez protocolizado el nombramiento, su copia notarial será el título sucesorio formal que le habilita para su ejercicio en el tráfico jurídico.

2. Caracteres distintivos de su nombramiento

Es un acto jurídico, un hecho capaz de modificar la realidad jurídica que nace de la voluntad de un ser consciente libre que es su autor y que está respaldado en tal autoría por la ley, que la concede al testador o a los funcionarios que ha declarado competentes para tal fin.

Solemne porque está sometido a unas formalidades legales de las que ha de revestirse para adquirir su eficacia, que son las establecidas como formas propias del testamento o del acto judicial o notarial correspondiente.

(7) De este modo se podría arrinconar el nefasto *ius delationis*. En efecto, tal expresión ha contribuido con deplorable eficacia a la confusión de los conceptos "vocación" y "delación" por el uso arbitrario y ambiguo de términos con que les denominaba. Se ha llegado a calificar de "delado" a la persona a la que ley llama a heredar. Así el "vocatus", recepcionista del ofrecimiento de la herencia, resultaba víctima de una mágica transformación que le relega al papel de simple "delatum", objeto de tal ofrecimiento.

(8) Seguimos así a VALLET (*Ob. cit.* en nota 5, Tomo I. Fundamentos. p. 959) que considera títulos sucesorios causales los que generan o constituyen el derecho de una persona a suceder a otra fallecida.

Personalísimo porque recae en personas que han sido elegidas por su particular individualidad, porque es en ellas y sólo en ellas en las que se dan las causas de preferencia apoyadas en su relación con el causantes. El nombramiento lo reconoce así porque es la causa específica que lo motiva. Este carácter personalísimo se extiende y alcanza a cuanto por ley lleve anejo el nombramiento. Todo ello resulta indisponible por el nombrado cuya voluntad carece de poder alguno a tal efecto.

Su contenido jurídico es del de instalar al nombrado o, en su caso, a cada uno de los nombrados, en un particular *status* consistente en quedar habilitado para decidir con eficacia y por su sola voluntad si quiere suceder al causante o rehúsa sucederle. El mismo que en el Derecho Romano originaba el denominaba *ius adeundi vel repudiandi hereditatis*.

El nombramiento es *la auténtica vocación a la herencia*. O porque ha quedado definitivamente firme la oferta contenida en la institución testamentaria que hizo el causante, o porque, en el cauce legítimo se ha producido la depuración del que fue un inicial llamamiento genérico a la sucesión, y que le hace ser operativo. Esta operatividad inmediata del nombramiento nace por el hecho de que, *ope legis*, y ese momento le es atribuido el ejercicio de un derecho de opción a decidir sobre la indicada alternativa.

Este *derecho de opción*, verdadero derecho subjetivo de los llamados potestativos o de formación jurídica, surge por pura creación legal, con independencia de la voluntad de quien hizo el nombramiento y, por supuesto, de la voluntad del nombrado que lo recibe y adquiere como un simple añadido o atributo de su nombramiento y con el mismo carácter personalísimo de éste. Se le suele calificar de derecho adjetivo, accesorio e instrumental.

Nos bastaría traducir la denominación romana para darle nombre. El derecho de opción es el derecho para poder aceptar o repudiar la herencia.

Pero tampoco sería equivocado, y le daría un alto valor pedagógico, sobrenombrarlo en latín *ius vocationis vel delationis* porque sólo existe a causa de que en él se da la conjugación y quedan yuxtapuestos, de un lado la *vocación* del sujeto llamado a heredar y a quien se ofrece la herencia, y de otra la *delación*, la oferta del patrimonio relicto al que es llamado como su destinatario para que pueda heredarlo.

3. Efectos del nombramiento de heredero potencial

Para el nombrado produce un efecto único, el de elegir una de las dos alternativas posibles, el sí o el no.

El primero es la aceptación de la herencia que da fin al tránsito sucesorio porque con ella se consuma la sucesión pues convierte en heredero al que hasta ese instante sólo lo era *in potentia*.

Esta conversión en heredero puede llevar anejo algún otro efecto, como es el del acrecimiento que se produce cuando haya habido un nombramiento plural de herederos potenciales y alguno de los nombrados opte por repudiar la herencia o no le haya sido posible optar por haber premuerto al causante o haber sido declarado indigno de sucederle. Pero es un efecto interno de la aceptación, que actúa dentro del concepto de la sucesión consumada, al margen por tanto de nuestra actual atención

El segundo, el "no", la repudiación de la herencia, aparta de ella por completo al nombrado que la rehúsa y deja ya sin efecto alguno su nombramiento de heredero potencial. Y la transición sucesoria vuelve a quedar abierta, igual que estaba al fallecer el causante por la frustración del nombramiento obtenido. Y se ha de proceder a nombrar uno nuevo, ahora ya, por necesidad, mediante el cauce legal.

La ley no prevé un plazo para el ejercicio de esta opción. Pero el nombrado heredero potencial puede ser obligado a pronunciarse en uno u otro sentido, si alguien que esté interesado en la herencia, por ejemplo un pariente de grado más remoto, insta un proceso para lograr lo que los técnicos califican de *interrogativo in iure* para que se pronuncie en un sentido u otro y haga la correspondiente declaración. Conforme al artículo 1005 del Código, el Juez le señalará para ello un término que no podrá rebasar los treinta días y le apercibirá de que, si no lo hace, se tendrá la herencia por aceptada.

No obstante la forma impersonal que el texto legal utiliza (se *tendrá por aceptada*) y que ha inducido a algún autor a pensar que el Juez impone la aceptación al nombrado en una especie de sanción civil por su desobediente pasividad, la doctrina mayoritaria entiende que la decisión judicial se limita a interpretar el silencio como positivo, es decir como presunta aceptación. Así parece que lo exige el carácter de acto enteramente libre y voluntario que el artículo 988 del Código atribuye tanto a la aceptación como a la repudiación de la herencia.

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: SU VALORACIÓN MÉDICA Y SU CONSIDERACIÓN JURÍDICA

José Luis Velayos Jorge

Catedrático Emérito de Anatomía y Neuroanatomía

Víctor Manuel Garrido de Palma

Notario Honorario

INTRODUCCIÓN. Planteamiento de la problemática
V. M. Garrido de Palma

DECISIONES Y CEREBRO

J. L. Velayos Jorge

ESTRUCTURA GENERAL DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL

EL CEREBRO Y LA ACTIVIDAD INTELECTUAL

LA CONSCIENCIA

LA MEMORIA

EL LENGUAJE

LA EMOCIÓN

EL DOLOR

ENVEJECIMIENTO CEREBRAL Y DEMENCIAS. LA ENFERMEDAD
DE ALZHEIMER. REFERENCIAS

TEXTOS RECOMENDADOS

LA CAPACIDAD PARA TESTAR

V. M. Garrido de Palma

INTRODUCCIÓN

CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS Y POSIBLES PATOLOGÍAS PARA DETECTAR LA AUSENCIA DE CABAL JUICIO

1. Ser viejo
2. exige el juicio de capacidad para testar
3. La función notarial en el juicio de capacidad del testador
4. No confundir capacidad para testar con:
 - 4.1. Dificultad para expresarse al Notario
 - 4.2. ¿Imposibilidad para testar?
 - 4.3. Las minutas de testamento presentadas al Notario
 - 4.4. Testador anciano y persona que le atiende y cuida
 - 4.5. La figura del asistente. El Código Civil de Cataluña.
 - 4.6. Testador vulnerable y profesional "que le lleva los asuntos". La doctrina del *undue influence* del Common Law.
 - 4.7. Testador que no distingue el bien del mal.
5. El sordomudo que no sabe leer ni escribir. ¿Testamento abierto?

INCAPACITADO JUDICIALMENTE

INTRODUCCIÓN. El artículo 665 del C. Civil

1. El supuesto de hecho del precepto legal. El C. C. de Cataluña
2. La designación por el Notario de dos facultativos que previamente le reconozcan y...
3. El reconocimiento y dictamen de los facultativos y el juicio del Notario respecto a la capacidad legal necesaria para testar.
4. ¿Testamento abierto notarial solo?

EL TESTAMENTO DEL MORIBUNDO: el artículo 700 C. Civil

CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

EL PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

por Víctor Manuel Garrido de Palma

La exigencia del Código Civil del “cabal juicio” (artículo 663. 2.º, a sensu contrario) para testar, esencial para la validez del testamento supone –específicamente en los supuestos de testamento abierto autorizado por Notario– una actuación de éste diligente, atenta, personalísima y de responsabilidad: el juicio de capacidad natural que el notario realiza –dice CAICEDO ORDÓÑEZ– es el primer pilar básico de un sistema de seguridad jurídica que se precie; ahora bien, acertar en aquél hoy, con una población cada vez más envejecida, resulta labor ardua, por lo que parece inexcusable un estudio interdisciplinar.

Aquí y ahora no realizo un estudio jurídico: apunto algunas consideraciones a tener en cuenta por el profesional de la medicina ante el otorgamiento de testamento, poniendo el acento en lo que exponen expertos en psiquiatría, para a continuación plasmar la autoría de VELAYOS JORGE con su estudio específico.

¿Cuáles son los componentes para valorar, tanto si se tiene al testar como si se tuvo cuando se otorgó testamento, capacidad de decisión: “quiero disponer para después de mi muerte”? El citado CAICEDO ORDÓÑEZ señala los siguientes:

Ante todo quien se plantea otorgar testamento requiere saber para qué y cómo: el componente funcional, que presupone niveles de información (qué significa testar, las exigencias legales si existen herederos forzosos, las posibilidades de disponer de los bienes atendiendo al caso real concreto, revocabilidad del testamento). Fundamental, desde luego, la intervención asesora y de consejo del profesional del Derecho.

En base a lo anterior, el interesado enjuicia y procede en consecuencia. Decisiones que exigen tener capacidad para testar, que es en definitiva lo que aquí se trata de averiguar.

Y esencial es el componente causal a considerar ante el testamento otorgado: reconstrucción panorámica de la enfermedad o enfermedades que el testador padeció al tiempo de otorgar testamento (que es cuando hay que atender para apreciar la capacidad del testador: únicamente, dice el art. 666 CC).

Aquí es donde hay que ver hasta qué punto influyó en el “cabal juicio” la enfermedad padecida (solo al efecto de destacar las de mayor relevancia: Alzheimer, demencia vascular, síndromes depresivos severos).

Y por último, confrontar las disposiciones testamentarias y la habilidad de testar, ante el caso real en que el Notario ha dado fe de la capacidad para otorgar testamento, supone la consecuencia lógica obligada. Es el componente interactivo.

“Modelo por habilidades” que proporciona al Juez elementos para enjuiciar: si el juicio notarial de capacidad es insuficiente, inexacto, erróneo, en el caso real concreto por la prueba contraria practicada (el autor citado se refiere terminológicamente a las incongruencias probadas. “El Notario del siglo XXI”, núm. 58) En esta revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid FRANCO YAGÜE afirma: lo importante es saber si hay proporción entre lo que se decide y la capacidad para ello, más que si es completamente capaz o no.

DECISIONES Y CEREBRO

José Luis Velayos Jorge

Profundizar en la realidad del *iter* vital de la persona que al profesional del Derecho –específicamente al Notario– acude, es importante. Por ello se plasma, a continuación, íntegramente el estudio que, a mi petición, ha realizado al efecto el Profesor VELAYOS JORGE bajo el título que encabeza las líneas precedentes.

Estructura general del sistema nervioso central

El cerebro y la actividad intelectual

La consciencia

Memoria

El lenguaje

La emoción

El dolor

Envejecimiento cerebral y demencias

Conviene conocer, aunque sea de forma somera, la estructura y la organización del sistema nervioso central humano, base material de las funciones superiores, que, en estado de salud, permite realizar actos humanos, tales como el pensar, el querer, tener plena consciencia de uno mismo, memorizar, hablar y escribir, **decidir**, encauzar el sufrimiento, dar un matiz equilibrado a todo lo que sucede emocionalmente, etc.

Una afectación cerebral puede dañar la actividad intelectual, el estado de consciencia, la memoria, el lenguaje, el sistema emocional, con lo que las decisiones pueden verse enrarecidas. Y lo mismo cabe decir del dolor, del sufrimiento y del envejecimiento en general y del envejecimiento cerebral en particular.

ESTRUCTURA GENERAL DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL

“Aunque la alteración del cerebro puede provocar amencia, sin embargo, no es el cerebro el que piensa”. “El cerebro es instrumento pero no agente del pensamiento”. (GONZALO Y VELAYOS, 2010)

El sistema nervioso central es la estructura biológica que recibe informaciones del exterior y del medio interno, las integra, junto con las experiencias cognitiva y emocional acumuladas, para responder adecuadamente. Es la estructura que coordina, organiza y da unidad al funcionamiento del organismo como un todo.

En el encéfalo, durante el desarrollo, y a razón de 250.000 neuronas/ minuto, se forman unas 100.000 millones de neuronas. En los seis primeros años de la vida, su masa aumenta 3.5 veces, llegando a pesar en el adulto entre 1300 y 1400 grs. (El del elefante pesa 4700 grs).

En él se forman un total de 400.000 km de fibras nerviosas (si se ponen en fila tales fibras), lo que, unido a la gran complicación que supone la multitud de contactos o sinapsis (muchas neuronas reciben más de 10.000 sinapsis, y se calcula que puede haber en el cerebro un total de más de 1.500 billones de contactos), junto con el elevado número de neurotransmisores (elementos químicos que actúan en la zona de los contactos sinápticos), que no se conocen en su totalidad, explica en parte su gran complejidad.

Por otra parte, a partir de la niñez perdemos 100.000 neuronas diariamente.

Esta complejidad, junto con su gran plasticidad (sus cambios continuos, en relación con experiencias, sensaciones, acciones químicas, traumatismos, etc.) hace que estemos muy lejos de comprender sus más íntimos mecanismos.

Para una mayor comprensión del asunto, es conveniente hacer un planteamiento muy general de lo que es y significa el sistema nervioso central humano.

El sistema nervioso central contiene a las neuronas, que son las células propias del mismo. La información se transmite entre las neuronas a través de los contactos entre ellas, las sinapsis.

El sistema nervioso central abarca el encéfalo y la médula espinal. El encéfalo está contenido en la cavidad craneal. La médula espinal está contenida en el interior del canal vertebral o raquídeo.

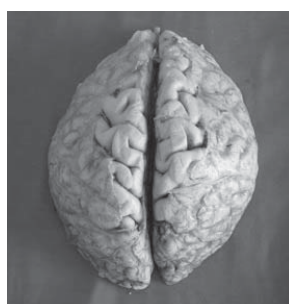


Fig. 1. Fotografía de los hemisferios cerebrales humanos (visión superior).

El encéfalo es un concepto más global que el de cerebro. El cerebro (Fig. 1) se refiere a los hemisferios cerebrales (derecho e izquierdo). El encéfalo comprende los hemisferios cerebrales y otros elementos.

Hay diversos procedimientos para conocer los cambios que los centros nerviosos experimentan en diversas actividades del individuo. Entre otros, están la electroencefalografía (EEG), la resonancia magnética (RM), la resonancia magnética funcional (RMf) y la tomografía por emisión de positrones (TEP o PET). Y por supuesto, hay que contar con la tomografía computarizada (TC). La EEG es el procedimiento más clásico y permite menos información que los otros.

La médula espinal es un centro motor, con neuronas motoras, que dan origen a las fibras motoras de los nervios raquídeos para la inervación de la musculatura del tronco. También es un órgano sensorial, que recibe información sensitiva.

El tronco del encéfalo o tallo cerebral, que es parte del encéfalo, es la continuación en sentido superior, hacia arriba, de la médula espinal, con funciones análogas, pero con una mayor complicación y mayor importancia, pues en él se sitúan centros vitales, cardiocirculatorios, de la respiración, de la tensión arterial, del proceso de la vigilia y el sueño, etc. Una lesión de estos centros provoca la muerte.

El cerebelo, situado detrás del tronco del encéfalo, es una estructura importante para la regulación de los movimientos.

El diencefalo y los hemisferios cerebrales son las porciones jerárquicamente más altas del sistema nervioso central humano.

Hay que destacar, dentro del conjunto de estructuras mencionadas, el sistema límbico, que contiene zonas relacionadas con el mantenimiento de la vida del individuo y de la especie, y tienen que ver con lo emocional y los procesos de memoria. El virus de la rabia produce lesiones en el sistema límbico, provocando comportamientos violentos y ataques irracionales. Lo forman, entre otras estructuras, el hipotálamo, varios núcleos del tálamo, el hipocampo, la amígdala cerebral, la corteza prefrontal (que es la principal corteza de asociación; las cortezas de asociación integran, coordinan, diversas informaciones sensoriales e incluso motoras).

Tanto el hipocampo como la amígdala cerebral se encuentran en el interior del lóbulo temporal del cerebro.

El hipocampo (Figs. 2 y 3) es esencial para la fijación de engramas mnésicos, para la memoria de hechos recientes. El tamaño del hipocampo es mayor en las hembras de todos los animales, excep-

Hipocampo

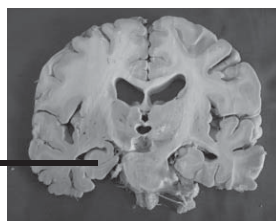


Fig. 2. El hipocampo.
Fotografía de una sección
frontal de un encéfalo
humano. (Velayos)

to en las aves, en que depende de las tareas que haga cada sexo (fabricación de nidos, búsqueda de alimentos, alimentación de las crías). El hipocampo contiene células que ayudan a la orientación espacial del individuo (son la base del llamado "GPS cerebral").

La amígdala cerebral (Fig. 3), situada en el polo del lóbulo temporal del cerebro, tiene que ver con los matices emocionales de la memoria y, en general, tiene relación con los procesos emotivos.

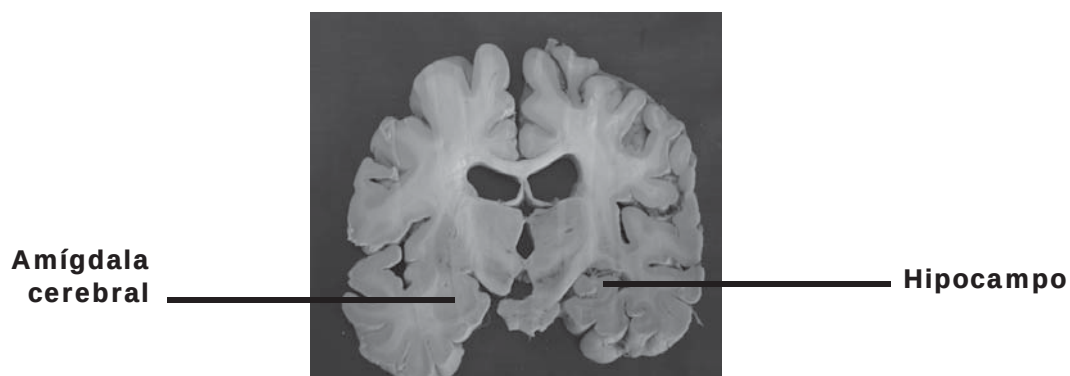


Fig. 3. Amígdala cerebral e hipocampo. Fotografía de una sección frontal (un tanto oblicua) de un encéfalo humano. (Velayos)

Las áreas de asociación o áreas asociativas son zonas de la corteza cerebral que reciben información muy amplia, en las que se integran datos múltiples. Son áreas muy desarrolladas en los primates, pero sobre todo en la especie humana. La corteza prefrontal es la corteza asociativa por excelencia. Es la zona más anterior del lóbulo frontal. Está muy desarrollada en el humano. Es la última zona de la corteza cerebral en madurar, que lo hace hacia los 30 años; forma el 30% de toda la corteza cerebral en el hombre.

Algunas observaciones clínicas han puesto de manifiesto que la lesión de las cortezas prefrontales del cerebro cambia profundamente la personalidad, afectándose principalmente la conducta moral de tales pacientes. En este sentido, es paradigmático el caso de Phineas Gage, un obrero estadounidense que sufrió un accidente laboral, que le provocó la destrucción de las cortezas prefrontales. No se afectó ni la inteligencia, ni la memoria ni el lenguaje pero sí su personalidad. Se volvió malhumorado, discutía con sus compañeros de trabajo, era incapaz de planear su tarea, mentía y su conducta era amoral.

Se conoce bien que antes de la ejecución de un movimiento, se activan determinadas áreas cerebrales, como es la llamada área motora suplementaria. Y aún más: si se piensa en un movimiento (por ejemplo, acercar el índice al pulgar de la mano) se activa tal área. Por lo tanto, en la decisión de un acto motor se activa dicha área.

CEREBRO Y ACTIVIDAD INTELECTUAL

La corteza prefrontal es esencial en la actividad global, unitaria, del sistema nervioso. Interviene en múltiples actividades, como por ejemplo, la planificación del futuro. Recibe información de todas las cortezas asociativas, de ahí su gran importancia. Es el área asociativa más importante.

Es la última corteza en mielinizarse, en madurar, que lo hace hacia los 30 años. Y es la primera que entra en funcionamiento en el neonato.

Interviene en los procesos del lenguaje, según veremos después, y en otros mecanismos complejos. Se ha visto que los individuos mentirosos habituales tienen más sustancia blanca en esta corteza (South California University).

Su lesión da lugar al síndrome frontal: irritabilidad, falta de moderación en el comportamiento, apatía, abulia. (En el anciano pueden darse estos síntomas, por afectación de esta corteza). Tal lesión cambia profundamente la personalidad, afectándose principalmente la conducta moral del paciente. Los estudios de neuroimagen han confirmado las observaciones clínicas: los lóbulos prefrontales se activan cuando un sujeto estudia un caso moral sobre el que ha de dar su opinión.

Es paradigmático el caso de Phineas Gage, un obrero que sufrió un accidente laboral, que le provocó la destrucción de ambas cortezas prefrontales. No se afectó ni la inteligencia, ni la memoria ni el lenguaje pero sí su personalidad. Se volvió malhumorado, discutía con sus compañeros de trabajo, era incapaz de planear su tarea, mentía y su conducta era amoral.

Cambios de personalidad parecidos al que sufrió Phineas los experimentaron los leucotomizados. La leucotomía es una operación neuroquirúrgica, ideada por Egas Moniz, consistente en seccionar las fibras que conectan los lóbulos prefrontales con otros centros encefálicos. Realizó la operación en un esquizofrénico con cáncer de

páncreas; tenía metástasis con dolores incoercibles, a los que no daba importancia después de operado. Los leucotomizados quedaban apáticos, indolentes, sin principios éticos que regulen su comportamiento y sin capacidad de organizar su actividad cara al futuro. En los años 50 del siglo xx dejó de hacerse tal cirugía.

Se distinguen varias partes en la corteza prefrontal: la corteza prefrontal lateral o de la convexidad, que es importante para la coordinación y secuenciación temporal de la conducta. La corteza prefrontal medial o interna, en su lesión, da lugar a falta de reacción, pasividad. La zona orbitaria de la corteza prefrontal controla las interferencias y se relaciona con lo motivacional (su alteración provoca desinhibición).

Pero el hombre es un ser dotado de espíritu, y el cerebro es indispensable para tareas superiores, no siendo el último responsable de tales actividades, sino la persona. La activación de determinadas zonas cerebrales ante actividades superiores no quiere decir que tales zonas sean las responsables de tales actividades. Lo seguro es que se activan. Otras deducciones son ajenas al quehacer científico.

Se puede concluir que en la toma de decisiones es importante que el encéfalo en conjunto, y en particular la corteza prefrontal estén en un adecuado estado funcional

LA CONSCIENCIA

Conocimiento es captar las cosas como tales, distintas de uno mismo. El conocimiento sensible es típico de los animales, que relacionan lo percibido con la subjetividad: captación de peligros, comidas mejores o peores, recompensas, etc. El hombre puede dominar la esfera inferior, puede salirse del presente y proyectarse hacia el futuro. Conoce que conoce.

La consciencia es el estado actual de conocimiento de uno mismo y del entorno, es darse cuenta del yo y del mundo interno y externo, gracias al cual el individuo realiza sus funciones perceptivas, intelectuales, afectivas y motoras. Desde el punto de vista neurológico la consciencia se manifiesta mediante la actividad encefálica; su base

material es el encéfalo. No se tiene completa consciencia de sí mismo hasta las 7-8 años (PIAGET, en M. FERRARI, 2010)

Desde el punto de vista filosófico se dice que la consciencia es un fenómeno que siempre está en presente, y por eso percibe el tiempo, es decir, el cambio que afecta a los procesos del mundo físico, aunque esta actividad requiere no sólo del presente consciente sino también de la relación del pasado con el futuro, en conjunción con la memoria y otras funciones cognitivas. En la percepción del tiempo, por una parte no sabríamos nada del tiempo si no formáramos parte del mundo cambiante, y por otro lado, si sólo fuéramos cambiantes, no sabríamos reconocer los hechos pasados como pasados. Si no pudiéramos evidenciar el transcurso de lo externo y de nuestra corporeidad, dentro de una realidad que no pasa ni transcurre, que no está afectada por el cambio físico, no seríamos conscientes del tiempo. Y como la percepción del tiempo es intemporal, no física, ello induce a pensar que hay inmaterialidad en el proceso de la consciencia.

En condiciones normales el ser humano, para poder ejercer su libertad, su actividad volitiva, intelectual, emocional y en definitiva mental, así como darse cuenta de la percepción a través de los sentidos y órganos sensoriales tiene que estar consciente, es decir, el yo se manifiesta en este estado. Pero no hay una explicación neurocientífica definitiva de cómo se produce la consciencia a pesar de que existen partes anatómicas en el encéfalo que intervienen en la elaboración de la misma.

Uno de los primeros que situó en la consciencia el problema del alma inmaterial e inmortal fue el dualista interaccionista ECCLES (1985), Premio Nobel, que incluso le asignó un espacio (psicones, dendrones), en cierto sentido como antes lo había hecho DESCARTES.

DAMASIO (2010) afirma: "Creo que la mente es de naturaleza biológica y que llegará un momento en que podamos describirla mediante expresiones biológicas y mentales". También dice: "Si destruyes la parte posterior del tallo cerebral en humanos, destruyes la conciencia. Entrás en un estado vegetativo del que quizá nunca te recuperes. Es una parte muy importante del cerebro que genera conciencia. Si pierdes algunas partes del encéfalo, o ciertas partes de la corteza cerebral, como la corteza medial

posterior, vas a perder la conciencia. Son partes muy importantes para construir el sentimiento de sí mismo, de ser consciente, del *Yo autobiográfico*." Para DAMASIO, la espiritualidad es un producto neuronal.

Algunos mecanismos neurales de la conciencia.

Se puede observar el encéfalo en sus mecanismos funcionales, con métodos muy avanzados, pero no se puede observar el fenómeno de la conciencia; nos lo tiene que describir el sujeto en cuestión. Por otra parte, desde fuera, aunque no nos lo diga, nos damos cuenta de si un individuo está consciente o no.

Para que se dé uno cuenta de su yo, de su intimidad y de lo que le rodea, es necesaria la integridad del encéfalo. Y para que se dé el fenómeno de conciencia es preciso además que el individuo esté en estado de vigilia.

La consciencia representa la actividad de la corteza cerebral y especialmente de las áreas de asociación, como hemos dicho, muy amplias en la especie humana, e interconectadas, dentro del mismo hemisferio y con el otro hemisferio. Para ello, se precisa la integridad de diversas estructuras y sistemas que tienen que ver con tales cortezas. Intervienen tanto las vías específicas (relacionadas con lo sensorial) como las vías inespecíficas, actuando directamente y a través del tálamo. Precisamente la estimulación talámica puede hacer que en algunos casos de estado vegetativo persistente se recupere la conciencia. No son necesarios la médula espinal, el cerebelo, los ganglios basales, la amígdala cerebral, el hipocampo, cuya lesión no da lugar alteraciones de la conciencia.

Es importante que funcionen adecuadamente los sistemas sensoriales. La lesión de un vía sensorial o de una área sensorial primaria produce una falta de consciencia sensorial concreta. Por ejemplo, la lesión de la corteza occipital da lugar a la ceguera psíquica o visión ciega (se le lanza al enfermo una pelota y la esquiva de forma inconsciente). Por otra parte, las áreas de asociación, que reciben proyecciones de las áreas primarias, son fundamentalmente silentes, cuya estimulación no provoca sensaciones. Según LIBET (2005), tales zonas silenciosas de la corteza cerebral tienen gran relación con la conciencia.

Para que una sensación se haga consciente, el estímulo ha de actuar previamente durante 500 milisegundos. Si la estimulación

dura menos tiempo, no se hace consciente la sensación. Además, el proceso voluntario (un movimiento, por ejemplo) empieza 400 milisegundos antes de tener consciencia del mismo, y el darse cuenta del mismo sucede 150 milisegundos antes de iniciarse el acto voluntario (LIBET, 2005).

En la consciencia del mundo exterior son importantes el tálamo y la corteza prefrontal, ambos interconectados. En la anestesia hay una alteración farmacológica de estos circuitos.

En la consciencia de uno mismo está activa la corteza insular posterior derecha, que tiene que ver con la consciencia del cuerpo como propio, y especialmente de las extremidades. En cambio, la parte anterior de la corteza insular tiene que ver con la consciencia del propio yo en el momento presente, consciencia que no desaparece en enfermos con determinadas amnesias. La ínsula es una zona de la corteza cerebral escondida entre los lóbulos frontal y temporal, en el fondo del surco que los separa.

Existen unas áreas corticales para los circuitos cerebrales por omisión ("the default brain"): aumenta el consumo de oxígeno en la corteza prefrontal medial y en tras áreas cerebrales. Se trata del estado del cerebro en descanso, el "estar en las nubes", circuitos que están activos también en la memoria autobiográfica, en la visión del futuro, en las decisiones morales, etc. Si a los sujetos se les pregunta qué está pensando, suelen responder diciendo que en su pasado, en la planificación del futuro, en decisiones que implican a otras personas. Es un tema muy estudiado últimamente (INGVAR, 1985; RAICHLE, 2007). Probablemente los despistes, los lapsus linguae, tengan que ver con este estado. En la enfermedad de Alzheimer no funcionan estos circuitos.

Para la atención es importante la corteza parietal derecha, que tiene que ver también con la idea del propio cuerpo. Su lesión provoca la ignorancia ("neglect") del lado izquierdo del cuerpo y del espacio exterior. En cuanto a la corteza prefrontal, sus lesiones hacen que haya un retraso en la consciencia de lo sensorial. En monos, con sección del cuerpo calloso (haz de fibras que conecta entre sí los dos hemisferios cerebrales) tienen fallos en la discriminación de objetos con una mano, cuando el entrenamiento se ha hecho con la otra mano (MYERS, 1965). Parece ser que los dos hemisferios intervienen en interpretaciones diversas de mundo, con la consiguiente comparación entre uno y otro hemisferio.

Es importante, por tanto, que para la toma de decisiones haya un adecuado estado de consciencia de sí mismo y del mundo exterior, así como un grado de atención suficiente, todo lo cual necesita de un estado de salud de las correspondientes zonas cerebrales que se han visto.

MEMORIA

El aprendizaje supone adquisición de información. La memoria es la recuperación de tal información.

Categorías cualitativas de la memoria:

La memoria declarativa o explícita, que puede ser episódica, semántica, inmediata, a corto plazo o de trabajo o activa, a más largo plazo. El hemisferio cerebral derecho tiene más relación con la memoria episódica, y el izquierdo, con la semántica.

La memoria no declarativa, de procedimiento o implícita se refiere a habilidades motoras, participando el cerebelo, el tálamo y los ganglios basales.

La llamada memoria sensorial está relacionada directamente con las sensaciones, es inmediata.

El sistema límbico está involucrado en los procesos de la memoria declarativa. La amígdala cerebral, que forma parte del sistema límbico, como ya se ha visto, tiene que ver con los matices emocionales de la memoria.

Desde los años 80 se ha dado mucha importancia al hipocampo en los procesos de memoria. Precisamente, en los enfermos amnésicos se observa una disminución del tamaño del hipocampo. El hipocampo es necesario para los procesos de fijación de la memoria. Su alteración da dificultades en la fijación. Desempeña un papel crítico en la formación de las redes de memoria en las cortezas asociativas.

El stress induce disminución del transporte de glucosa en el hipocampo, y se da una incapacidad para el aprendizaje de tareas de memoria espacial y a corto plazo, lo que a veces puede ser consecuencia de un stress grave y prolongado. El stress en humanos hace que disminuya el tamaño del hipocampo (VALENCIA-ALFONSO Y COLS., 2006).

La lesión del hipocampo produce amnesia retrógrada y dificultad

para formar nuevas memorias. La lesión del hipocampo derecho da lugar a déficits de la memoria para la representación verbal, de la memoria visual y de la localización espacial. La del izquierdo produce mayor déficit de memoria de palabras, objetos o personas.

La restricción calórica en ratones favorece la división de las células madre y de las células progenitoras del hipocampo (PARK y cols., 2013). Posiblemente en humanos, una dieta no equilibrada pueda afectar a los procesos de la memoria.

Cuando un animal aprende una acción y luego la olvida, se dan cambios estructurales neuronales. Trasladado este hecho al cerebro humano, puede explicarse que la actividad mental influya en la bioquímica y morfología neuronal.

Una cuestión patológica curiosa referente a la memoria:

La Pfiesteria es un alga, dinoflagelado, que contiene una toxina (ciguatoxina) que provoca amnesia en los peces y en los humanos que ingieren el agua en que vive tal alga. Se ha estudiado en la costa atlántica de USA. Es una amnesia que remite en un tiempo, una vez desaparecida del organismo la toxina.

Se puede concluir que para una buena toma de decisiones han de funcionar de forma adecuada los sistemas de memoria. El hombre es un ser que tiene memoria, que vive el presente, se proyecta en el futuro, y hace presente el pasado, pero no sólo en cuanto a hechos físicos, sino también en cuanto a acontecimientos de tipo inmaterial.

EL LENGUAJE

El lenguaje es una función específica de los seres humanos. Es la capacidad de comunicarse y expresar ideas de forma oral y escrita.

Es uno de los principales medios de comunicación de que el hombre dispone, pero basta que se produzcan alteraciones en determinadas áreas de la corteza cerebral para que sea difícil y aún imposible la comunicación hablada.

La primera descripción de una afasia se debe a BROCA, que en 1861 relató el caso de un paciente suyo que no podía articular las palabras, a pesar de que su aparato de fonación estaba intacto. Broca tuvo la ocasión de efectuar la autopsia de este paciente y

pudo observar la existencia de una lesión en el hemisferio cerebral izquierdo, en la tercera circunvolución del lóbulo frontal, que en honor a Broca se la llama también área de Broca.

La lesión del área de Wernicke, situada en los lóbulos parietal y temporal, da agrafia y alexia. Cuanto más posterior es la lesión, se produce más alexia y más agrafia. Si la lesión es más anterior, no entiende el enfermo lo que se le dice.

El área de Broca recibe conexiones del área de Wernicke y envía las órdenes a las zonas motoras correspondientes de la corteza cerebral para los músculos relacionados con la expresión oral. En la lesión del área de Broca, se entienden las palabras pero no puede haber expresión verbal.

En las demencias se dan múltiples tipos de alteraciones del lenguaje (son típicas las de la enfermedad de Alzheimer)

Parece ser que el lenguaje verbal y el de signos utilizan las mismas áreas cerebrales, pero con la particularidad de que el lenguaje de signos activa más las zonas que corresponderían al habla en el hemisferio derecho.

Se pueden producir afasias para el lenguaje de signos, aunque el enfermo pueda mover las manos y los músculos faciales para otros cometidos.

Curiosamente, en las personas que utilizan la escritura Braille, que usan patrones que representan letras en relieve, se activan las áreas cerebrales occipitales de la visión.

Se podría concluir que en base a las lesiones de las áreas del lenguaje, dado que éste es el medio que tiene el hombre para expresar su pensamiento, tales áreas corresponden a centros del pensamiento. Pero si se estudia más detenidamente el mecanismo cerebral del lenguaje se observa que tanto el área de Broca como la de Wernicke desarrollan una función instrumental.

El hemisferio que controla el lenguaje se considera que es el hemisferio dominante (o categórico). En la gran mayoría de las personas es el hemisferio cerebral izquierdo: en el 95 % de los casos la lesión de este hemisferio altera el lenguaje. El hemisferio derecho suele ser el no-dominante para el lenguaje pero sí lo es para otras funciones (relaciones espacio-temporales, reconocer las formas, la música, las caras). Es el hemisferio representacional.

En los diestros (91 % de la población), el 96 % tienen el hemisferio cerebral izquierdo como dominante y el 4 % lo es el hemisferio cerebral derecho. En el 15 % de los zurdos el hemisferio cerebral derecho es el categórico; en el 15% no hay clara dominancia; y en el resto (70 %) es el hemisferio cerebral izquierdo el categórico.

Los zurdos tienen un talento especial superior a la media; hay más artistas, músicos y matemáticos, y tienen una vida media más corta que los diestros.

Las lesiones del hemisferio dominante producen afasia, y las lesiones del hemisferio representacional o no dominante pueden producir alteraciones tales como la discapacidad para contar un chiste o un cuento, o para captar la gracia de un chiste.

Las mujeres tienen menos afasias que los varones después de un daño en el hemisferio izquierdo, pues el área del lenguaje, situada en este lóbulo, ocupa más extensión en la mujer.

La expresión, comunicación, de una decisión, necesita de la integridad de las estructuras cerebrales que se han visto. Una alteración de las mismas puede dar lugar a defectos, fallos, en el lenguaje hablado, escrito, y en general, simbólico.

LA EMOCIÓN

La emoción implica un desequilibrio que introduce en el sujeto la atracción o repulsa hacia una realidad conocida; viene a ser una conmoción. Las emociones se sitúan entre el conocimiento y la acción. Las reacciones emotivas son vegetativas y sensibles, cuya conexión no es bien conocida (se dice que sistema límbico y cortezas asociativas son las que funcionarían al tiempo): se manifiestan visceralmente, en las expresiones facial y motora general, etc.

El sentimiento implica una reacción afectiva. Tiene relación con lo cognoscitivo, en cuanto apetecible. Los actos del apetito sensitivo se llaman también pasiones: amor, deseo, gozo; odio, abominación, tristeza. Los del apetito intelectual son: esperanza, audacia, ira, temor.

DAMÁSIO (2010) sostiene que el razonamiento está influido por

la maquinaria emocional. Es cierto que lo emocional puede afectar al raciocinio.

Las estructuras del sistema límbico se activan en las manifestaciones afectivas de la conducta.

Dentro de sistema límbico, la hipófisis expresa la relación del sistema nervioso central con el sistema endocrino.

La amígdala cerebral (Fig. 3), que, como ya se ha dicho, es parte del sistema límbico, situada en la profundidad del polo del lóbulo temporal, está implicada de forma importante en la organización y modulación de respuestas emocionales y viscerales ante los estímulos ambientales. La activación visual es mayor en la amígdala derecha, y más en el varón que en la mujer (sobre todo ante imágenes con contenido erótico). La abundante conectividad de la amígdala cerebral y la gran cantidad de neurotransmisores que se han localizado en ella explica la complejidad de su funcionamiento y que esté implicada de forma importante en los procesos emocionales, siendo un centro nodal en tal sentido.

La estimulación experimental en animales de la amígdala cerebral puede provocar respuestas de miedo, de huida. En el humano, da lugar a ansiedad y miedo (por estudios de RMf). Su extirpación hace al individuo incapaz de reconocer las expresiones faciales de miedo. Pequeñas lesiones de las dos amígdalas (derecha e izquierda) pueden dar lugar a afagia y adipsia (falta de toma de sólidos y líquidos). La cirugía de la amígdala en epilépticos graves disminuye la agresividad.

Se ha visto hiperactividad de la amígdala derecha en estudios hechos en algunos asesinos. El psicólogo Nicholas ALLEN, de la Universidad de Melbourne, en Australia, ha observado que muchachos que discuten con mucha más vehemencia con sus padres poseen amígdalas cerebrales más grandes, según datos suministrados por el escáner.

Las conexiones de la amígdala hacia centros neurales viscerales, explica la aceleración del pulso, del ritmo cardíaco y diversas respuestas del sistema simpático en determinadas reacciones emocionales.

Se observa una reducción bilateral del tamaño de la amígdala en varones esquizofrénicos. La afectación en las mujeres se re-

fiere a la amígdala derecha (lo que explica el mejor pronóstico en mujeres).

En el autismo hay una densidad celular aumentada en la amígdala.

En el trastorno bipolar se afectan varias estructuras del sistema límbico, y en mayor proporción, la amígdala cerebral.

En el síndrome de Klüver-Bucy (por destrucción de las dos amígdalas cerebrales) se da en los animales hiperoralidad; además, actividad autoerótica, mansedumbre, falta de temor, agnosia visual, capacidad de manipular toda clase de objetos sin considerar si son peligrosos o no. El síndrome se da también el humano.

En la enfermedad de Alzheimer, además de alteraciones en el hipocampo, se da una reducción del tamaño de la amígdala cerebral; y se observan características alteraciones emocionales.

Y en la depresión se han observado modificaciones del flujo sanguíneo de la amígdala .

En la enfermedad de Urbach-Wiethe, trastorno de tipo hereditario, hay calcificación y atrofia de las determinadas porciones de ambos lóbulos temporales, con lo que hay un daño de ambas amígdalas. Estos enfermos no pueden reconocer las expresiones faciales de miedo.

Otras estructuras y sustancias segregadas por el sistema límbico:

Ante los conflictos morales, se activan determinadas áreas de la corteza cerebral, situadas en las zonas más anteriores del cerebro.

El locus coeruleus, núcleo situado entre protuberancia y bulbo, segrega noradrenalina, que interviene en la excitación sexual. La dopamina se segrega especialmente en la sustancia negra y en el área tegmental ventral, en mesencéfalo. Tiene relación con las funciones cognitivas. Estas estructuras se activan al ver la foto del enamorado/a.

La serotonina es segregada en los núcleos del rafe, en el tronco del encéfalo. Participa en el control del ciclo vigilia-sueño (vigilia), las emociones, el ánimo (depresión, euforia), la dieta, la temperatura, la conducta sexual, etc. La mayor parte de los alucinógenos tienen efectos serotoninérgicos. Parece ser que en el enamoramiento baja el nivel de serotonina.

El hemisferio cerebral izquierdo participa más en las emociones de tipo positivo; quizá por eso, las depresiones producidas tras lesiones en el hemisferio izquierdo son más graves que las del derecho. En la expresión facial de la emoción participa más la hemifacies izquierda, lo que indica la especial actuación del hemisferio cerebral derecho. Precisamente, el hemisferio cerebral derecho es más apto para la expresión y comprensión de los aspectos afectivos de la palabra.

Se puede concluir que las alteraciones emocionales pueden provocar alteración en la toma de decisiones.

EL DOLOR

No es lo mismo el dolor que el sufrimiento. El dolor se alivia, se anula con analgésicos. El sufrimiento se trata con comprensión, con acompañamiento, con amor.

La concienciación del dolor se hace en las áreas sentoriales del lóbulo parietal; el aspecto emotivo se refleja en otras áreas de la corteza cerebral. La corteza prefrontal es esencial en este asunto, pues recibe amplia información de toda la corteza cerebral en conjunto.

Existe un control neural del dolor, desde la corteza cerebral y otras estructuras del sistema nervioso central. Y en el organismo existen sustancias naturalmente opiáceas (encefalinas, endorfinas), que atenúan las señales del dolor. El feto, debido a que no tiene desarrollados estos sistemas, siente con más agudeza el dolor físico.

Las vías neurales del dolor físico son complejas, implicando a casi todo el sistema nervioso, lo que nos habla de la globalidad del fenómeno, abarcativo de todo el individuo. Junto a ello hay que añadir la subjetividad, los aspectos inmateriales del asunto y la biografía de cada individuo. Hay personas que soportan el dolor mejor que otras. A unos, el dolor les hunde, a otros les fortalece. Si ese dolor, sea corporal o no, se carga de significado, aun siguiendo siendo dolor, puede paradójicamente incrementar el sentido de libertad.

Dolor y enfermedad acompañan al ser humano siempre. Y la Medicina tiene como punto de mira estos dos aspectos, pero no los puede eliminar totalmente.

La idea de que sólo las ciencias experimentales pueden darnos las claves para ser verdaderamente felices arranca, por lo menos, desde los tiempos de la Ilustración, junto a la fe en el progreso indefinido, y la fe en la ciencia experimental, como la única forma de conocimiento válido para conocer la realidad. Sin embargo, las dos guerras mundiales y guerras posteriores han demostrado cómo la ciencia puede servir tanto para progresar como para destruir. Depende de cómo se utilice. Depende de la actitud ética, moral, de la consideración de la dignidad de la persona humana.

Tener como meta el conseguir falta de dolor y de sufrimiento en la vida es algo utópico. Quizá esta sea una de las equivocaciones de la cultura actual.

Esta ilusión utópica puede alterar el comportamiento del ser humano.

Las situaciones de dolor y/o de sufrimiento pueden dar lugar a alteraciones en la toma de decisiones, al estar implicadas múltiples zonas del sistema nervioso central.

ENVEJECIMIENTO CEREBRAL Y DEMENCIAS

El término envejecimiento hace referencia a un proceso; y términos como vejez, senescencia, ancianidad, senectud, se refieren al producto de tal proceso. Como el envejecimiento, radicalmente, es un proceso que se inicia desde el primer momento de la vida, hablar de vejez es algo ambiguo. Por eso, en la práctica, ambos términos vienen a resultar en cierta medida sinónimos, pues la vejez es al mismo tiempo proceso y producto.

El envejecimiento es un proceso continuo, aunque, propiamente, el envejecimiento se suele referir a los cambios que suceden en la 3ª y 4ª edad. De los 65 a los 75 años, habitualmente el ser humano puede conservar la capacidad de desenvolverse en diferentes ambientes. A partir de los 75 años (cuarta edad) el deterioro va siendo progresivo y gradual. Y se puede hablar de un envejecimiento primario, normal, consecuencia de la edad, y un envejecimiento secundario, consecutivo a enfermedades y/o vida desordenada.

Se puede hablar de tres tipos de envejecimiento: biológico, psicológico y social. El envejecimiento es un proceso en que intervienen

múltiples factores: genéticos, educativos, económicos, ambientales, etc. El envejecimiento no ha de ser considerado como algo negativo, sino como algo existencial, abarcativo del individuo.

El envejecimiento de los órganos no es lineal. La siguiente relación indica el orden de envejecimiento de diversos sistemas y aparatos en la especie humana: 1: Huesos; 2: Sistema cardiovascular; 3: Aparato respiratorio; 4: Enfermedades metabólicas (diabetes); 5: Sistema digestivo; 6: Sentidos; 7: Sistema nervioso; 8: Sistema renal.

El declive neurobiológico que acompaña al envejecimiento explica por qué los ancianos obtienen peores resultados que los jóvenes en las pruebas de rendimiento cognitivo. Pero no todos los ancianos presentan un menor rendimiento, pues algunos logran hacerlo tan bien como personas más jóvenes. Y es que los ancianos con un mayor rendimiento utilizan las mismas regiones del cerebro que los jóvenes, pero también hacen uso de otras regiones cerebrales que ni los jóvenes ni el resto de ancianos utilizan. Se ha llegado a la conclusión de que la utilización de nuevos recursos cognitivos refleja una estrategia de compensación. En estos casos el cerebro pone de manifiesto su plasticidad para reorganizar sus redes cognitivas. El cerebro llega a esta solución funcional a través de la implicación de otras vías nerviosas, activándose con más frecuencia determinadas regiones en ambos hemisferios cerebrales.

Una cuestión a destacar en el envejecimiento es la alteración de los procesos de memoria: Entre las estructuras relacionadas con la memoria que se afectan en el anciano, destaca la corteza prefrontal. El hipocampo se afecta especialmente en la ancianidad.

Las alteraciones cognitivas del anciano se manifiestan de la siguiente manera: Hay limitaciones en la formación de conceptos y en la resolución de problemas. Disminuye la fluidez verbal. Se tiende a hacer definiciones más largas. Se tiende a repetir palabras, frases, relatos. No se afecta demasiado la atención, si hay concentración en algún asunto, pero disminuye bastante si hay que atender a dos o más cosas.

Las áreas asociativas de la corteza cerebral funcionan con más lentitud en el anciano que en el joven. La corteza prefrontal es importante para la coordinación y secuenciación temporal de la conducta, para la elaboración de planes de conducta. La alte-

ración de la corteza prefrontal en el anciano da lugar a falta de reacción, pasividad, o disminución de respuestas ante estímulos que en otras ocasiones pueden dar lugar a claras respuestas. Además, la corteza prefrontal controla las interferencias y se relaciona con lo motivacional; su alteración provoca desinhibición, lo que explica el caso del "viejo verde", las faltas de urbanidad, alteraciones en el comportamiento social.

Las alteraciones de las conexiones de las cortezas asociativas hacen su aparición alrededor de los sesenta años de edad, y pueden considerarse como base de la demencia senil, que no es lo mismo que la enfermedad de Alzheimer; son las alteraciones más corrientes y por otro lado, más preocupantes. En general, aparecen entidades neurodegenerativas.

La demencia senil se da en el 49% de los mayores de 65 años. La enfermedad de Alzheimer, la demencia multiinfarto, y la demencia de tipo mixto son entidades clínicas típicas del envejecimiento. Es frecuente la enfermedad de Parkinson, con alteraciones motoras importantes, con posibles alteraciones demenciales en algunos casos.

La enfermedad de Alzheimer es frecuente en las personas ancianas. Fue descrita por primera vez por Alois Alzheimer.

El mal de Alzheimer no se manifiesta de forma abrupta, sino que los síntomas se van instaurando poco a poco, de modo que al principio la enfermedad es casi imperceptible. Durante todas las fases por las que va pasando la enfermedad, el paciente tiene depresión, síntoma que a veces puede dar la pista sobre el inicio de la enfermedad.

Los primeros síntomas consisten en la pérdida de memoria a corto plazo, de la memoria de hechos recientes; cierto deterioro en los razonamientos; en algún momento, cierta desorientación espacial; dificultades en cálculos sencillos; algunos errores de omisión. En los comienzos de la enfermedad, el paciente puede olvidar dónde ha dejado las llaves del coche, pero todavía sabe para qué sirven las llaves. Aparecen problemas en el trabajo, en el hogar, disminución de la capacidad de concentración, desorientación temporal y espacial. Al principio siente incluso con más intensidad: le parecen nuevas muchas experiencias, disfrutando de ellas como si fuesen por primera vez vistas. Poco a poco se agravarán los síntomas, hasta quedar totalmente imposibilitado el enfermo.

En consecuencia, ha de tenerse muy en cuenta la situación física y anímica del anciano (que puede ser normal o patológica) para valorar cualquier tipo de decisión que pueda tomar.

REFERENCIAS

- DAMASIO, A. R.: *Y el cerebro creó al hombre*. Destino. Barcelona. 2010
- EGAS MONIZ, A., 1936: *Essai d'un traitement chirurgical de certaines psychoses*. Bull. Acad Med. París 1936; 115: 233-36.
- FERRARI, M.: *Piaget's enduring contribution to science of consciousness. The Cambridge Companion to Piaget*. Cambridge University Press. 2010.
- GONZALO, L. M. y Velayos, J. L.: *Para pensar*. EUNSA, Colección ASTROLABIO. EUNSA, Pamplona. 2010.
- INGVAR, D.H.: *Memory of the future*. Human Nuerobil. 4:127-136. 1985
- LIBET, B.: *Mind time: the temporal factor in consciousness (Perspectives in Cognitive Neurosciences)*. Arvard University Press, 2005.
- MYERS, R. E.: *Information transfer (brain)*. McGrraw-Hill Yearbook Science and Technology. 1965.
- PARK, J., GLASS, Z., SAYED, K., MICHURINA, T. V., LAZUTKIN, A., MINEYEVA, O., VELMESHEV, D., WARD, W. F., RICHARDSON, A. and ENIKOLOPOV, G.: *Caloric restriction alleviates the age-related decrease in neural progenitor cell división in the aging brain*. Euopean J. of Neuroscience 2013; 37:1987-1993.
- POPPER, K. y ECCLES, J.: *El yo y su cerebro*. Labor. Barcelona. 1985
- RAICHLE, M.: *A default mode of brain function: A brief history of an evolving idea*. Neuroimage 37:1083-1090. 2007.

TEXTOS RECOMENDADOS (VER LAS ÚLTIMAS EDICIONES)

- *El sistema nervioso central humano* (dos tomos). R. NIEUWENHUY, J. VOOG y C. VAN HUIJZEN. Ed. Médica Panamericana.
- *Neurociencia*. D. PURVES y cols. Ed. Médica Panamericana.
- NEUROCIENCIA. LA EXPLORACIÓN DEL CEREBRO. M. F. BEAR, B. CONNORS y M. PARADISO. Wolters Kluwer-Lippincott-Williams & Wilkins.

- *Principios de Neurociencia*. D. E. HAINES. Ed. Elsevier Science.
- *Prometheus*, (3.º volumen). Ed. Médica Panamericana.

LA CAPACIDAD PARA TESTAR

Víctor Manuel Garrido de Palma

INTRODUCCIÓN

— La intervención del notario -se dice por algunos autores con lenguaje contundente y gráfica expresión- no blindo al testamento: si alguien está o no “en su cabal juicio” es cuestión médica, de psiquiatras a ser posible y el Notario no es un técnico en la valoración mental de la salud de las personas (“a su juicio” es la expresión legal ex arts. 685, 686 y 707).

— “En determinadas circunstancias”, son contundentes las admoniciones doctrinales: a la vista de algún supuesto real de características complejas se ha llegado a decir que en el supuesto de una persona anciana (ROMERO COLOMA habla de “personas ancianas, de más de ochenta años”, al menos como premisa de base orientativa, hay que entender) si además está ingresada en un centro psiquiátrico, la presunción de capacidad de testar que es *iuris tantum*, se invierte. Estima que, por ejemplo, debe considerarse así en circunstancias especiales: testamento complejo, persona ingresada en un hospital psiquiátrico y al año y pocos meses es declarada judicialmente incapacitada por la demencia arteriosclerótica, progresiva e irreversible que padecía. Testamento anterior e intervención en el posterior de tres testigos instrumentales, psiquiatras del centro donde estaba ingresada la testadora (era el supuesto básico en el que se apoya la citada autora, y es que -como dice la Sentencia del T.S a que luego me referiré- “la propia etiología de la enfermedad, patología grave y degenerativa, progresiva e irreversible” lleva a confirmar la nulidad del testamento).

Llega ROMERO COLOMA, en fin, a la conclusión de que en tales casos el testamento no es válido por incapacidad. Para ello, además, “la intervención de los facultativos” sería lógico y no exagerado considerar que es fundamental que se exija el dictamen –o informe– de facultativos especializados en Psiquiatría o Neurología, “y no admitir como válido, por ejemplo, el emitido por un médico internista (únicamente –citando a CODÓN Y LÓPEZ SAIZ–, ante la ausencia o imposibilidad, cabe acudir a cualesquiera otros profesionales de la Medicina, cuyo dictamen no puede tener la ortodoxia, ni la autoridad que sería atribuible al emitido por un médico psiquiatra o neurólogo, dado el reconocimiento y valoración de determinadas enfermedades, desconocidas por la Ciencia hace pocos años”.

— Circunstancias fácticas y posibles patologías para detectar la ausencia de CABAL JUICIO, de lucidez, de capacidad natural en el momento de otorgar testamento.

1. Ser viejo: llegar al “reino de vejecia” (S. RAMÓN Y CAJAL). “Ni el Derecho ni la Medicina consiente que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente a la persona.” (S. T. S. 25 –octubre– 1928).

Ahora bien, qué duda cabe que con el paso de los años aparecen o se agudizan y pueden llegar a extremos límites: demencia vascular, Alzheimer, depresión crónica delirante, Parkinson, psicosis aguda, esquizofrenia, enfermedad de Creutzfeld-Jakob (“vacas locas”: cerebro convertido en polvo; encefalitis espongiiforme; se realizó una necropsia, STS 22 –junio– 1992), demencia del lóbulo frontal. Última enfermedad del testador; personas ancianas cuidadas por terceros (“las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas, que han prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecida en la sucesión de éste si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”. Inhabilidad sucesoria –no indignidad– que no les impide ser nombrado árbitro, albacea particular –no universal– o contador partidor; art. 412.5 CC. Cataluña)

Arterioesclerosis progresiva e irreversible que produjo al poco tiempo la declaración judicial de incapacitación (S.T.S, 19 –septiembre– 1998; Instituída heredera la “Fundación Benjamín Palencia”, en

el momento del otorgamiento aún no constituída, se declara nulo el testamento a pesar del juicio notarial de capacidad y la intervención y dictamen favorable de tres psiquiatras del Centro, como ya se expuso)

2. Lo apuntado, a vía de ejemplo, revela cómo “cada ser humano es un mundo”, y que el juicio de capacidad para testar requiere, necesita, exige: tiempo de atención, examen personal, profesionalidad. Por ello, cabe exponer algunas reglas de experiencia.

- Relación directa con el que quiere testar: en ocasiones, el consejo profesional lleva a otra solución o tratamiento jurídico. En otras, el interesado tiene otra idea y acaba testando; solo testando y además En muchos casos no sabe lo que quiere. Lo dijo SATTA gráficamente y es premisa a tener en cuenta siempre: “el drama del Notario es saber qué es lo que quiere quien no sabe lo que quiere”. Pero no lo sabe porque no tiene noción jurídica siquiera; ahora bien está en su sano juicio.

- En casos, “sabe lo que quiere”, pero, como ya apunté, está dominado por la ira: desgraciadamente no es raro, por ejemplo, que la relación padres-hijos tenga momentos, fases, periodos más o menos prolongados en que la tensión llegue a querer desheredarle: posiblemente exista la causa, pero misión del profesional es evitar que, por ejemplo, esos “malos tratos” –salvo persistencia, continuidad, gravedad fáctica– encuentren la plasmación del testamento abierto sin que el notario no trate de pedir, con firmeza si es necesario, sosiego. La desheredación no es irreversible, desde luego, pero la experiencia real demuestra que la actitud del profesional ante la solicitud abrupta de: “quiero desheredar a mi hijo por ”, debe recibir consejo con altura de miras: sosiego, piénselo mejor, no es este el momento adecuado

- “Cuidado con las minutas al Notario presentadas” ¿redacción del testamento conforme a ellas y lavarse las manos? No; no es solo fallo profesional, lo es deontológico y no evita la responsabilidad. ¿Testamento tipo *test* , a base de preguntarle y que responda? No, comunicación verbal con el testador y solo con él (elemental: por favor “déjenme a solas con él”; es que: yo le

aclararé ; es que sabe mejor que yo lo que quiero decirle...” “Déjenme a solas con él” insisto. (¿Complicado?: la vida es riesgo y hay que asumirlo. Pero que no se tenga que oír jamás lo que por desgracia alguna vez se ha escuchado: “mi Notario me ha dicho que él no hace testamentos, que vaya al...” Por de pronto, no debería ser notario de ida y de vuelta).

3. ¿Se sabe lo que ha representado y representa la actuación, asesoramiento prudente y equilibrada función notarial con los testamentos en España, con este conducto vertebrador de la continuidad patrimonial de las personas que fallecen, de sus familias? Percatándose de ello, máxime ante la repercusión social que lo anterior supone (costo mínimo aparte; documento sin cuantía) Nicole M. REINA, desde los EE UU, ha propuesto recientemente –y no es un caso único– importar la figura del Notariado Latino (y seguro estoy, que si viniera a España y se zambullera –sin merma del secreto profesional– en Notarías españolas: de pueblos, poblaciones, ciudades y capitales–, clamaría por importar a los EE UU “esta MARCA ESPAÑA”. Juez y parte no pretendo ser por la experiencia profesional vivida, pero al menos permítaseme que hable claro. Como claro habla ROCA FERRER cuando ante el transcurso de tantos años de dación de fe notarial en sede de capacidad de testar, afirma: un enfoque diferente del TS en esta materia hubiera traído la consecuencia de que los notarios o denegaran con frecuencia la autorización de testamentos o exigieran cada vez más la intervención de médicos, los que tienen una concepción de la capacidad distinta a la notarial: a la más mínima duda suelen dictaminar: “no capaz”, “voluntad confusa...” Con lo que el perjuicio social sería evidente.

4. No confundir capacidad de testar con:

4.1. Dificultad para expresarse al Notario. Un caso que he vivido –entre otros–: persona anciana ingresada en sanatorio a causa de cáncer pulmonar. Con oxígeno en soporte y mascarilla para inhalarlo.

En presencia de la interesada su secretaria me iba dando notas, algunas con expresiones manuscritas de la paciente. Cuando yo tenía dudas y le preguntaba, se quitaba la mascarilla y las aclaraba con voz potente (el oxígeno la reforzaba) y desde luego con mente lúcida. Si en este caso no pedí, hasta conseguirlo, quedarme a solas

con la testadora era por la ayuda material que la secretaria representaba, y por su mala influencia en la testadora. No tuve duda en ningún momento

4.2. ¿Imposibilidad de testar? Persona que “no puede hablar ni escribir” y que a la lectura del testamento por el Notario, le señala en varias ocasiones que pare y vuelva a leer. Asiente y el Notario autoriza (existe una minuta que previamente entregó el Abogado).

La impugnación, reclamando la nulidad del testamento: por la incapacidad física y mental del testador para la formación de su última voluntad y para manifestar la misma. Y por quedar el testamento en su formación al arbitrio de un tercero, el abogado del testador.

De las pruebas practicadas en la primera instancia se concluye que el testador gozaba de capacidad suficiente. ¿Y la manifestación de voluntad?: “si el testador establece las partes objetivas y los criterios de distribución de los bienes, no se vulnera el art. 670. Y como en el presente caso hubo comunicación entre el testador y el Notario, de tal forma que éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad...” El TS, en sentencia de 24 de noviembre de 2004, declaró no haber lugar al recurso (En 1.º y 2.º instancia se había desestimado la impugnación. El testamento, del 24 de abril de 1998).

Como dice RODRÍGUEZ ADRADOS en su comentario a la S.T.S., no debe confundirse la capacidad del testador (demostrada, como se dijo) con la exteriorización de la voluntad: en el presente caso sí que se admiten los gestos o signos ya que hubo comunicación entre , en este supuesto, facilitada por la simplicidad del contenido del testamento; es conveniente que asienta mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos como... El TS ha afirmado –Sentencia 18 de abril de 1916– que el Notario debe dejar constancia en el testamento de las dificultades que tenga el testador para expresarse (en el supuesto de la Sentencia que he comentado así lo hizo el Notario).

El art. 695 exige la lectura por el Notario en alta voz y el testador manifestó –de la forma inequívoca dicha– que estaba conforme con su voluntad, termina diciendo la sentencia.

4.3. ¡Cuidado con las minutas!, he apuntado en momento anterior: en el caso presente existía la que entregó el Abogado del

testador al Notario autorizante. El TS distingue entre “quedar la formación del testamento, en todo o en parte al arbitrio de tercero ex art. 670” y lo que en el supuesto en estudio realizó el testador y como expone RODRÍGUEZ ADRADOS, el Supremo dice: “hubo comunicación entre el testador y el Notario; éste recibió de aquél la expresión de su última voluntad, sin que además –subraya– por otra parte ello sea un requisito que exija una formalidad expresa y concreta” (y es que –matizando el criterio de RIVAS MARTÍNEZ–, advierte el citado autor, de acuerdo con VALLET DE GOITISOLO, que el que se presente minuta no representa una formalidad más que exija la ratificación de la misma por el testador y que así tenga que constar en el testamento. No).

He explicado dos supuestos reales: el primero vivido por mí, el segundo con el comentario preciso a la S.T.S. apuntada. Ello ha tenido por objeto separar “el cabal juicio” de la manifestación de voluntad al Notario (además de “la minuta” que en el supuesto de la S.T.S. cobró importancia destacada).

4.4. Testador anciano y cuidador-cuidadora, aderezado si se quiere, con familia que se despreocupa del mismo, según considera aquél. ¿Captación de voluntad; voluntad libre?

Ya he apuntado algo al respecto y es un supuesto ante el que hay que estar alerta, siempre hay que estarlo, pero en casos como el apuntado, más si cabe.

En el C.C. de Cataluña se exige testamento notarial abierto, lo que evidencia pragmatismo realista.

4.5. Testador vulnerable y Asistente. La persona mayor de edad que, por la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, necesita un asistente para cuidar de ella misma o de sus bienes, puede solicitar del Juez su nombramiento, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 226 CC Cataluña). Estamos ante un supuesto en el que al menos existe un control judicial ya de entrada.

El ejemplo italiano lo sigue hoy el CC Catalán regulando la figura del Asistente, que en lo personal ha de velar por el bienestar de la persona asistida y en el ámbito patrimonial puede llegar, a petición de la persona asistida, a que el Juez le confiera funciones de administración del patrimonio de la misma, compatibles con las que la persona asistida realice (“administración de apoyo” italiana).

En principio la figura se adapta a supuestos en que el deterioro físico-psíquico-cognitivo "no incapacitante" se da, lo que es realista dadas las distintas situaciones de vulnerabilidad existentes y a las que la Curatela no es de aplicación conforme a la actual regulación del CC. Por lo que parece conveniente considerar la figura a los efectos de su adecuada aplicación en un reformado CC.

4.6. Testador vulnerable y profesional "que le lleva los asuntos". La doctrina de la *undue influence* del *Common Law*.

Concretando: asuntos jurídicos, personales, de empresa, de negocios, inversiones, médico-clínicos, terapéuticos, fisiológicos, deportivos, psicológicos... un poco de todo, bastantes aspectos. En fin, "un asesor" personal; mi mano derecha: qué haría sin..."

Pero, y sin que se pruebe la existencia de dolo, fraude, violencia (o intimidación), ¿es posible que pueda considerarse que se ha influido decisivamente en la voluntad del testador? No estamos ante los supuestos del art. 674, que prevee precisamente la actuación con alguno de estos medios: insidias, amenazas, fuerza irresistible, manipulación, inspiración de temor a sufrir un mal... (arts. 1265 y s.s. en sede de vicios del consentimiento contractual), por la persona que, de no existir testamento válido, heredaría abintestato. No hay en puridad tampoco en general vicio/vicios de voluntad (será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude; art. 673). Me estoy refiriendo a algo diferente.

Hay, ¿hay? influencia indebida, alarde de ser imprescindible, sometimiento, dominación de la voluntad: persistencia de la actitud, intervención pertinaz, que va calando en la persona vulnerable, de modo que decisivamente acaba influyendo en ella. Familia cercana o lejana del testador y persona extraña beneficiada en el testamento y lo que se pretende es dejar sin efecto el testamento debido a su influencia, que ha sido decisiva en la voluntad de disponer *mortis causa*; y desde luego ni existe disposición captatoria (art. 794), ni se plasma en el testamento causa ilícita, inmoral o contraria a Derecho.

¿Judicialización que priva de seguridad jurídica caso de testamentos presunta y aparentemente otorgados por personas "en su cabal juicio"? El interrogante queda formulado, máxime ante la importancia adquirida por la doctrina de la *undue influence* que ha llegado del otro lado del Atlántico. ("Influencia indebida"; "coacción". Diccionario de términos legales, ed. Limusa, México, 1974). CHASE, MADOFF,

LESTIL, SCALISE, SPIVACK, BLUMENTHAL, FOSTER han puesto de manifiesto la importancia que en los EEUU ha adquirido esta doctrina (casos relativos a disposiciones en favor de personas de otra raza, en relación con las tendencias sexuales del causante..., proporcionalmente muy superior a la que se le da en Australia y en Inglaterra donde también ha ido calando. Estamos ante Derechos no codificados.

Estamos ante situaciones en que la tensión seguridad jurídica-justicia del caso concreto se evidencia: aparentemente, el testador ha dispuesto con capacidad, con voluntad libre y se han cumplido los requisitos legales de forma, testigos..., pero, ¿ese cambio en la voluntad, revocando el o los testamentos anteriores, disponiendo a favor de alguien "con quien no se contaba"? Judicialización, que dado el peso real que ha tomado en EE UU, está siendo objeto de crítica negativa (así lo pone de relieve recientemente VAQUER ALOY). ¡Cuidado con las "circunstancias sospechosas"! : se confía, avanzada edad, sin hijos, patrimonio apreciable, vulnerabilidad por el paso de los años, atribuciones "no lógicas, no naturales", la persona favorecida ha intervenido en la preparación o en la redacción del testamento, más o menos de modo importante (el supuesto que presenta el autor últimamente citado: persona sin hijos, de avanzada edad, que testa en favor de su abogado y asesor –testamento notarial que se declara nulo "sobre la base de la enfermedad psíquica que sufría, Alzheimer y trastorno delirante paranoide-. Sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Lérida, 21-noviembre-2011).

El que exista vicio de la voluntad o se dé causa de indignidad (amenaza, fraude o violencia obligando al testador a hacer testamento o a cambiarlo; o impide hacerlo o revocar el ya hecho o suplantare, ocultare o alterare otro posterior; art. 756, 5.º y 6.º CC y 328, letras fy g CF Aragón), o se considere por el juzgador que no se da ninguna de las causas anteriores, más sí undue influence, introduce la materia en estudio en un campo abonado a la inseguridad jurídica. Nada es infalible en este mundo, pero insisto: afortunadamente se cuenta en España con el Notariado para poder detectar y evitar influjos.

Y 4.7. Testador que "no distingue el bien del mal". ¿Psicosis?

KANT afirmaba que el enfermo mental "no es capaz de distinguir lo verdadero de lo falso, el bien del mal". Para CHESTERTON, "el loco no es el que ha perdido la razón; es el que ha perdido todo menos la

razón, una razón que en lugar de conectarle con la realidad, apura su aislamiento.”

“Ponga en mi testamento que: “iIH, lego... a “...” por haberme servido a mis placeres”; más aun: porque puso una bomba en... y mató a...”; “para que con la parte que sea necesaria le proporcione una paliza a...” “Esto lo condiciono a que...” Causa, móvil final de la disposición; modo ilícito o inmoral, torpe, condición... El art. 767, “la expresión de una causa contraria a Derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita” (a diferencia del contrato con causa u objeto ilícito; art. 1305) sigue en materia testamentaria el principio romano de la prevalencia de la voluntad del testador *ad libitum*, cualquiera que sea la motivación que le guía al disponer (de ahí que si la causa es falsa y del testamento resulta que el testador no habría hecho la institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, la disposición es ineficaz– mi hijo falleció en la guerra, en accidente y por eso IH , lego a..., y resulta que su hijo vive; BIONDO BIONDI). Así lo dispone el precepto citado en su párrafo primero.

¿No he apuntado supuestos de juzgado de guardia, de ponerlos en conocimiento del Ministerio Fiscal? Eso habrá que hacer y desde luego no autorizar el testamento del que se empeñe en motivar de tal manera la disposición, porque está demostrando evidentemente la falta de “cabal juicio”.

5. No incapacidad, pero ¿imposibilidad?: el sordomudo que no sabe leer ni escribir y trata de expresarse, manifestar su voluntad con signos.

Ante todo, es evidente que no puede otorgar testamento ológrafo, y tampoco el cerrado pues no lo pueden hacer los ciegos y los que no sepan o no puedan leer (art. 708).

¿Y testamento abierto? El testador ha de expresar oralmente o por escrito su última voluntad al Notario (art. 695: el testador ha de manifestar al Notario que lo ha leído en alta voz, que está conforme con su voluntad).

MANRESA consideró factible su otorgamiento, a juicio del Notario, pero LACRUZ contundentemente ha entendido que no hay posibilidad de manifestar la última voluntad. Con todo es creciente –como apunta RIVAS MARTÍNEZ– la orientación dirigida a permitir con ciertas garantías la exteriorización de la voluntad a través de personas técnicas (en este sentido la R. 23-septiembre-1987). En un supuesto

real: compareciendo el testador con su esposa y sus dos hijos, con inequívocas señales manuales la señalaba y a continuación lo hacía con los descendientes; era claro que al cónyuge quería dejarle lo máximo posible (usufructo universal e hijos a partes iguales. Seguridad jurídica y Justicia del caso concreto. Con todo, si en el supuesto real existe posibilidad de que intervenga un experto en manifestación por signos, se debe tratar de acudir a él). Testamento a cuyo otorgamiento habrán de intervenir los dos testigos que el art. 697-2.º CC exige y proceder –como dice el precepto respecto al testamento de enteramente sordo–, a leer el testamento en presencia del Notario y a declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador a través del intérprete de signos presente en el otorgamiento.

Al efecto, y como apunta STORCH DE GRACIA, es necesaria la creación de un cuerpo de intérpretes con formación léxico-jurídica, además de que hoy por hoy la previsión de realizar grabación videográfica de la declaración de voluntad a efectos de una eventual impugnación de la misma resulta evidente (plasmando la exteriorización de la voluntad ya oralmente –lectura labial–, ya por escrito, ya en lengua de signos).

INCAPACITADO JUDICIALMENTE Y CAPACIDAD PARA TESTAR

INTRODUCCIÓN: EL ACTUAL ARTÍCULO 665 DEL CÓDIGO CIVIL

No es el que era –antes de la redacción Ley 30/1991, de 20 de diciembre–. Con anterioridad su literalidad llevaba a considerarlo aplicable al supuesto de que ante la duda por el Notario de si la persona, no declarada judicialmente incapaz, estaba o no “en su cabal juicio”, acudía al reconocimiento y dictamen de dos facultativos. Lo que hoy, si ese es el caso, también debe hacer, por analogía indudable.

1. “Si la sentencia de incapacitación no contiene pronunciamiento acerca de su capacidad y el incapacitado pretende otorgar testa-

mento, el Notario ha de designar dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”, dice el actual precepto legal.

2. El supuesto no es exactamente el mismo que contempla el Derecho catalán: estando incapacitada judicialmente, puede la persona otorgar testamento abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el Notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo (art. 421-9.2; capacidad natural se exige por el CC de Cataluña, y lucidez).

3. La comparación de ambos supuestos y la proclamación de la Convención Internacional de los derechos de personas con discapacidad de 2006, lleva a DÍAZ ALABART y a GÓMEZ LA PLAZA a aconsejar la revisión del texto del art. 665 para la debida protección de las mismas.

Muy diferente la redacción actual del CC, art. 665, de la anterior, parte de una clara premisa: la designación por el notario de dos facultativos (a ser posible psiquiatras como ya se expuso) que previamente le reconozcan, y de la conclusión: la autorización notarial si éstos responden de su capacidad (al otorgamiento han de concurrir; art 698.2.º)

El esfuerzo del legislador en pro del “*favor testamenti*” llega aquí a lo que he considerado como punto máximo: abarca todo supuesto en que el judicialmente incapacitado quiere testar y la sentencia no le niega capacidad (nada dice la sentencia; sí lo dice positivamente; sí lo dice indirectamente al declarar que es incapaz para y no se incluye el otorgar testamento; nada dice –como he apuntado– o si lo dice es para remitirse expresamente al precepto en estudio, con lo que se aplica el régimen general del “cabal juicio”).

4. La conclusión del silogismo ¿cuál es, si el reconocimiento y dictamen de los dos facultativos es favorable, pero no está de acuerdo el Notario? A pesar de alguna opinión doctrinal contraria, el juicio de capacidad del Notario es necesario, arts. 685 y 696; no es un convidado de piedra que cede el paso a los facultativos de modo que el dictamen de éstos es lo decisivo. No es así. “No lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad –responsabilidad–, pero el Notario” debe asegurarse de que a su juicio tiene el testador la

capacidad legal necesaria para testar "ex art. 685: al juicio pericial de los facultativos hay que unir el del Notario autorizante del testamento.

Por lo demás, el dictamen facultativo que responde de la capacidad del testador no convierte el testamento en "isla sin puente de acceso a la impugnabilidad": frente al criterio de A. A., sigue considerándose la capacidad, en este supuesto, una presunción *iuris tantum*; cede la misma si se demuestra lo contrario.

5. ¿Testamento abierto notarial solo?: así lo expresa el CC catalán, como he apuntado, más no lo dice el artículo del CC en estudio. La *prudentia* debe llevar con todo a considerar que la respuesta debe ser, solo el abierto notarial. La *mens legis* lleva a esta conclusión pues en el testamento cerrado ni el Notario ni los facultativos intervienen al confeccionarse el testamento. ¿Cómo podrían dictaminar aquéllos respecto a la capacidad cuando se redactó y cómo dar fe el Notario si cuando interviene es al extender el acta de su otorgamiento sobre la cubierta del testamento cerrado y sellado o que el testador lo cierra y sella en el acto ante el Notario que ha de autorizarlo? (art. 707, 2.º y 4.º)

EL TESTAMENTO DEL MORIBUNDO: ARTÍCULO 700 DEL CÓDIGO CIVIL

¿"Inminente peligro de muerte"?: Cuando no sea posible por esta causa que el testamento sea abierto notarial conforme al Código Civil, cabe acudir a la excepcionalidad que representa el testar ante cinco testigos idóneos (uno de los cuales puede ser el Notario, pero por la razón expresada, no cabe otra solución).

Así ha interpretado el T. S. el precepto legal, considerando su raíz histórica y rechazando una praxis contraria a su consideración excepcional.

Por lo demás, baste aquí apuntar que se requieren cinco testigos idóneos que conozcan al testador y que procuren asegurarse de su capacidad; así como que, conforme al art. 681, sean mayores de edad, puesto que no se está ante el testamento "en caso de epidemia" en que pueden serlo tres testigos mayores de dieciséis años- Y ha de escribirse el testamento siendo posible; no siéndolo valdrá

aunque los testigos no sepan escribir (art. 702, también aplicable al otro testamento citado).

"*Favor testamenti*" que el CC procura adaptar a toda circunstancia que produce peligro para la vida: al caso de epidemia del art. 701; al testamento en tiempo de guerra, testamento militar ex art. 722 y s.s. (si hay peligro de naufragio, se aplica el apuntado art. 720; art. 730, segundo párrafo).

Lo expuesto –ciñéndome al testamento en inminente peligro de muerte y al que se otorga en caso de epidemia– tienen plazo de caducidad y han de elevarse a escritura pública y protocolizarse en la forma prevenida en la LEC (arts. 703 y 704).

CONCLUSIÓN

A lo largo del estudio creo que ha quedado claro mi criterio –lo expuse, citando al efecto a ROCA FERRER–.

En definitiva, la imprescindible actuación, asesoramiento y prudencia del Notario deben llevarle –para autorizar el testamento– a la convicción de que quien quiere disponer *mortis causa* está capacitado para ello. Lo importante es percatarse sin ninguna duda de que la persona concreta puede otorgar testamento porque sabe lo que decide y decide lo que entiende y los efectos de lo que otorga.

NUNCA SE HAN PODIDO INSCRIBIR LEGALMENTE LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS DE BUQUES

(Leyes de Navegación Marítima de 24/7/14
y posteriores) (1)

Rafael Rivas Andrés
Notario

SUMARIO

- I. LA DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 1956 Y LA DIFICULTAD AÑADIDA DE QUE EN ESPAÑA, CONTRATO, TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD Y DOCUMENTO ESTÉN REGIDOS POR NORMAS DISTINTAS
- II. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS SIGLOS XIX, XX Y XXI: DEL PROYECTO DE CC DE 1851 A LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (LECOJI) DE 30/7/15
- III. LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS SON DOCUMENTOS NO/PÚBLICOS, CUYOS EFECTOS EN ESPAÑA SERÁN LOS QUE TRAIGAN DE ORIGEN Y LES SEAN RECONOCIDOS POR UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL INTERNA O SUPRANACIONAL

(1) Este estudio es una reelaboración parcial del publicado con el título “Algunas novedades notariales y registrales en la Ley de Navegación Marítima de 24/7/14”, *Boletín de Información Notarial (BIN)*, revista digital editada por el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, núm. 44, febrero 2015, p. 8 a 48. Se le suman las notas actualizadas para nuestra conferencia “La circulación transfronteriza de documentos públicos contractuales”, con la que participamos en el Seminario “*Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*”, organizado por la Universidad de Sevilla, el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía y la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), los días 6 y 7 abril de 2015.

- IV. LOS CINCO REQUISITOS QUE HAN DE CUMPLIR LOS DOCUMENTOS EXTRANJEROS PARA SU ACEPTACIÓN EN ESPAÑA EN CUANTO A:
1) EL NOTARIO, 2) EL ACTO, 3) EL DOCUMENTO, 4) LOS EFECTOS, Y 5) EL RESULTADO
- V. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS:
LA DOCTRINA DE EQUIVALENCIA DE FUNCIONES (DEF)
 - V.1. Respecto de documentos notariales “y accesorios, y sencillos, y no tecnológicos y no transmisivos”
 - V.1.1. En el contrato
 - V.1.2. En la transmisión de la propiedad
 - V.1.3. En el documento
 - V.2. Respecto de documentos notariales “o principales, o complejos, o tecnológicos, o transmisivos”
 - V.2.1. En el contrato
 - V.2.2. En la transmisión de la propiedad
 - V.2.3. En el documento
- VI. CONCLUSIONES: UNA MIRADA HACIA EL FUTURO

I. LA DEROGACIÓN DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL DE 1956 Y LA DIFICULTAD AÑADIDA DE QUE EN ESPAÑA, CONTRATO, TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD Y DOCUMENTO ESTÉN REGIDOS POR NORMAS DISTINTAS

Sabido es que la inscripción de los títulos relativos a buques y aeronaves se practicaba en sendos Libros especiales integrados en los Registros Mercantiles (hoy Secciones del Registro de Bienes Muebles –RBM– creado por la DA Única del RD 1828 de 3/12/1999). El Reglamento del Registro Mercantil (RRM) de 14/12/1956 dedicó a regular estas inscripciones los Arts 145 a 190.

La Disposición Derogatoria Única de la Ley de Navegación Marítima (LNM), por más que no era necesario, expresamente deroga al RRM/1956 en todo lo que se le oponga, con lo que el lector es muy libre de no compartir las opiniones que expresamos en las líneas que siguen, pero quien las critique deberá de basarse para ello en normas con el mismo rango que la LNM, no en normas reglamentarias.

También hemos de llamar la atención sobre que la recepción en España de Escrituras extranjeras presenta unas mayores dificultades que en otros sistemas jurídicos debido a las características específicas de nuestro ordenamiento.

Si nos referimos a la posición que ostentan los contratos (entendiendo este término en sentido muy amplio equivalente a “negocio jurídico”) en distintos ordenamientos, vemos que las diferencias son abismales. Siguiendo a BLASCO GASCÓ (2) [y apoyándonos en la Revista “Notarius” y Rentería Arocena (3)], podemos distinguir de manera muy esquemática tres sistemas legislativos bien dispares:

En primer lugar, en **Inglaterra** el contrato lo es todo, soluciona tres aspectos simultáneamente: soluciona los aspectos negociales; soluciona la transmisión de la propiedad (que se produce por simple contrato); y soluciona también los aspectos documentales pues desconocen la categoría de los documentos públicos notariales. Sí que es cierto que tienen Notarios pero en realidad son nombrados por un cura (en España diríamos que han profesado órdenes menores o que son un a modo monaguillos jurídicos), y sus documentos no producen ningún efecto especial en el interior, sólo los fabrican para el exterior, para facilitar el turismo documental, lo mismo que tienen unos Registros de la Propiedad y Mercantil con gravísimas deficiencias según explican BRANCÓS NÚÑEZ (4), ESPÍÑEIRA SOTO y BLANCO

(2) BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: “Contestaciones al Programa de Derecho Civil para acceso a las carreras Judicial y Fiscal”, Tema 18, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p 461 a 486.

(3) La Revista *Notarius International*, editada por Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), ha publicado varios “Informes nacionales” de varios países de los que tomamos datos: De Inglaterra, CLAUDET, A., núm. 1-2, 2002. De Japón, YAMAMOTO, K., núm. 1-2, 2003. De Perú, FERNANDINI BARREDA, Ricardo, núm. 1-2, 2003. De Quebec, PEPIN, Y. y LACHANCE, M., núm. 1-2, 2002. De Austria, ANTENREITER, T., núm. 3-4, 2002. De Grecia, MOURATIDOU, S., núm. 2, 2001. De Mongolia, YANJINKHORLOO, D., núm. 1-2, 2004. RENTERÍA AROCENA, Alfonso: “Manual de Derecho Privado y de Justicia Preventiva en Europa”, editado por Institut de Recherches et D’études Notariales Europeen (IRENE), Unión Internacional del Notariado Latino (UINL), 2007.

(4) BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique: “La escritura pública notarial o acte authentique y el deed...”, revista *El Notario del S. XXI*, editada por Colegio Notarial de Madrid, núm. 46 de Nov-Dic 2012, págs. 24-30. Explica que el “deed” (equivalente a un documento privado con testigos) es el único que admite el Registro pero como no tiene autenticidad, la misma web del Re-

MORALES (5) .También el contrato lo es todo en Dinamarca, Finlandia e incluso en parte de Irlanda.

En segundo lugar hay otro grupo de países como **Francia e Italia** (también Bélgica, Bulgaria, Chequia, Japón, Malta, Perú, Polonia, Portugal, Quebec y Rumanía), en los que el contrato ya no lo es todo, ya sólo soluciona dos aspectos: soluciona los aspectos negociales; soluciona la transmisión de la propiedad (que se produce por simple contrato); pero ya no cubre los documentos públicos que es una categoría con su propia normativa, requisitos y efectos.

En tercer lugar hay otro grupo de países **como Alemania y España** en los que el contrato únicamente cubre un tercio de los problemas, sólo los aspectos negociales; pero se deja fuera la transmisión de la propiedad que requiere de requisitos adicionales: Auflassung e Inscripción en el Registro en la primera, y Título y Modo en la segunda; y por supuesto quedan sin cubrir los documentos notariales que están sometidos a unos requisitos propios, que de cumplirse, producen unos efectos específicos distintos de los de los contratos

gistro advierte que puede haber estafadores que adquieran un título de propiedad con un documento falso o suplantando la personalidad del propietario. Con esa base el Registro emitiría un “certificado de propiedad” hasta con siete niveles de fiabilidad, pero aún con la máxima, como hay derechos posesorios no inscritos, siempre será necesario investigar el inmueble y los derechos sin registrar, y cabe perder la propiedad finalmente. La doctrina inglesa avisa de que los errores sobrepasan frecuentemente el 50% de los asientos registrales.

(5) ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada (“Sociedades extranjeras que operan en España”), indica que en UK por internet se constituyen sociedades con capital de 1 libra, pero que como son puros documentos privados sin garantías, la *Companies House* proporciona una información no fiable.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (“La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas”), dice que la propia web de la *Companies House* avisa que: aceptan y publican de buena fe la información que les envían las sociedades, pero que como no tienen ni autoridad ni capacidad para investigarla, el hecho de su publicación en ningún caso significa que el Registro la haya verificado o validado. Y concluye la autora indicando que todos los meses llegan al Registro entre 50 y 100 casos de suplantación o inexistencia de sociedades.

Ambas autoras en el libro colectivo *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2012, Tomo V, Derecho Internacional Privado, p. 1084 y 1087, y 38 y 39, respectivamente.

(también se reconocen los documentos notariales y se requiere adicionalmente inscripción registral constitutiva para la transmisión de la propiedad en Austria, Croacia, Estonia, Grecia, Holanda, Hungría, Lituania, Macedonia, Mongolia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, Suiza).

Súmese a lo anterior que en nuestro país (tanto en derecho interno como internacional) los contratos se rigen por el principio de libertad sustantiva y formal que prácticamente garantiza su validez, mientras que en la transmisión de la propiedad y en los documentos la libertad desaparece completamente y quedan sujetos al más estricto formalismo donde todos los requisitos y efectos están fijados hasta en los más mínimos detalles por la ley interna de cada país; dicho de otra manera, ni en España ni en ningún país del mundo existe una norma que diga algo así como que

“particulares y funcionarios pueden hacer los documentos y transmitir la propiedad de cualquier país con los requisitos y efectos que les convengan”.

Esta es la razón por la que la recepción de un documento extranjero presente aquí el doble o el triple de complicaciones que en otros países, pues ese documento puede tener esa múltiple significación que obliga a tener en cuenta tres normativas distintas y no una o dos.

II. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE LOS SIGLOS XIX, XX Y XXI: DEL PROYECTO DE CC DE 1851 A LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL (LECOJI) DE 30/7/15

Examinaremos aquí la evolución de la legislación española que trata el tema lo que es imprescindible para ver los obstáculos que desde siempre han existido para aceptar en nuestro país documentos extranjeros.

Proyecto de CC de 1851 y Comentarios de García Goyena.

El Proyecto de CC de 1851 contiene las claves de todo el desarrollo legislativo posterior. Y el primer mérito que hemos de reseñar del Proyecto es haber distinguido nítidamente entre dos tipos de documentos extranjeros que están regidos por normas dispares: los “sencillos” y los “complejos”.

Respecto de los documentos “sencillos” comenzaremos diciendo que el antiformalismo para obtener la validez de los negocios se predicaba a nivel internacional de los celebrados en el extranjero y por eso allanaba el camino el Art 10 Proyecto 1851

“Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubiere otorgado”.

Además el veterano Proyecto acertó al distinguir entre dos leyes absolutamente distintas: la de la validez formal de los negocios (este Art 10) y la aplicable a los requisitos de los documentos que es otra. GARCÍA GOYENA (6) lo explicó perfectamente al comentar este Art 10 (lo adaptamos a la grafía actual)

*“Por real decreto de 17 de octubre de 1851 se declaran válidos y que deben causar en los tribunales españoles los efectos que procedan en justicia todos los contratos y demás actos públicos notariados en país extranjero, concurriendo en ellos las, circunstancias siguientes: 1. La de que el asunto, materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las **leyes de España**; 2. Que los otorgantes tengan **aptitud y capacidad** legal para obligarse con arreglo á las leyes de su país; 3. Que en el otorgamiento se hayan observado las **fórmulas establecidas en el país** donde se han verificado los actos ó contratos; 4. Que cuando .estos contengan hipoteca de fincas radicantes en España, se haya tomado razón en los respectivos **registros** del pueblo donde estén situadas las fincas...; 5. Que en el país del otorgamiento se conceda **igual eficacia y validez** á los actos y contratos celebrados en territorio de los dominios españoles”.*

Por otro lado la transmisión de la propiedad española no significaba ningún problema especial en el Proyecto 1851, pues siguiendo el camino del CC francés había optado por el sistema de transmisión por el simple consentimiento, por el mero contrato; lo expresaba así el Art 548 Proyecto 1851

(6) GARCÍA GOYENA, Florencio: “Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español”, Madrid 1852, edición digital preparada por la Universidad de Sevilla.

*“La propiedad se adquiere por herencia, **contrato** y prescripción”.*

Pero respecto del sistema documental que diseñaba el Proyecto de 1851, no favorecía en nada la recepción (y lógicamente la inscripción) en España de los documentos notariales extranjeros pues imponía a todo documento notarial (español y extranjero evidentemente) un sistema de formalización absolutamente alejado de la libertad imperante en los negocios y, en ese momento, en la transmisión de la propiedad. En efecto, con carácter general ya se advertía que los documentos públicos no se podían hacer de cualquier manera sino que requerían un asesoramiento y control de legalidad española realizado sólo por funcionario que tuviera “competencia” y con los requisitos y “solemnidades” legales; lo dijo el Art 1199 Proyecto 1851 a cuyo tenor

*“Instrumento público es el que está autorizado por un oficial o **empleado público competente**, con las **solemnidades** requeridas por la ley. Todos los instrumentos públicos son títulos auténticos, y como tales hacen plena fe”.*

Todavía más específicamente respecto a documentos notariales se volvía a exigir que el Notario fuera “competente” y que el documento cumpliera los requisitos y “forma” legal; lo exigió el Art 1200 Proyecto 1851 en los siguientes términos

*“El instrumento público en que se consignan las obligaciones de los contrayentes y su descargo, debe otorgarse ante **escribano competente**, en la **forma prescrita** por la ley: este instrumento se llama escritura pública”.*

Con esas premisas y dando por supuesto que el Notario español es competente y cumple todas las formalidades legales, atribuye a sus documentos “complejos” (como los relativos a propiedad o derechos reales sobre inmuebles) el efecto registral; lo decía así el Art 1821 Proyecto/1851

“Sólo podrán inscribirse los títulos que consten de escritura pública y las providencias judiciales que consten de certificaciones expedidas en forma auténtica”.

Ahora bien, cuando tiene que decidir sobre la recepción en España de Escrituras extranjeras, lo primero que hace el Proyecto es darse cuenta que no son documentos públicos sino otra cosa bien distinta y los trata aparte de los documentos españoles con un régimen diferente. En concreto, cuando se trata de la recepción de documentos que hemos llamado “complejos” ante la evidencia de que el Notario extranjero no tiene competencia, y ni sabe ni puede cumplir las legalidades españolas, niega directamente el efecto registral a las Escrituras extranjeras, salvo que se homologuen ante Notario español con la correspondiente elevación a nuestras Escrituras públicas; se expresó así en el Art 1822 Proyecto 1851

*“Para que puedan inscribirse las escrituras otorgadas en país extranjero, se requiere el **consentimiento del propietario** de los bienes sobre que recae la inscripción, o en su defecto un mandato judicial.*

GARCÍA GOYENA en sus comentarios a este Art 1822 dejó bien claro que no se trataba de algo casual, sino hecho intencionadamente, tal y como ocurría con otros países de nuestro entorno; transcribimos la cita adaptada a nuestra grafía actual:

“La disposición del artículo 1822 está de acuerdo con lo que tengo expuesto en el artículo 10, y requiere una solemnidad más..., porque, antes de conceder efectos hipotecarios a un documento extranjero, es necesario asegurarse de su autenticidad por medio del consentimiento de las partes ó del examen del Juez. Guiada de estas razones la Asamblea Francesa acordó..., que para ser inscritos los títulos otorgados en país extranjero deben ser visados por los agentes Franceses y por el presidente del tribunal; disposición enteramente igual á la que contiene el artículo 7 de la ley de Ginebra... y como uno de los ejemplos más vigorosos citaré el artículo 45 de Friburgo...”.

Leyes de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1855, 1881 y 2000.

Tras el fracaso del Proyecto de 1851 se pasó a realizar leyes sectoriales con la idea de ir allanando el camino a una futura codificación. Sin esperar más, los Arts 923 y 924/LEC 1855, y 952 y 953/LEC 1881, exigieron la reciprocidad a la documentación extranjera que llegaba a España.

Tal vez lo más llamativo sea que estas tempranas leyes rituarías ya se dieran cuenta de que las Escrituras extranjeras no eran documentos públicos, sino otra cosa distinta, un “*tertius genius*” que no tenían por sí los efectos de las españolas, y por eso los Arts 279/LEC 1855 y 596.1.º/LEC 1881 sólo atribuyeron efecto probatorio judicial a nuestras Escrituras. Y luego, como cosa diferente y en sitio aparte, reconocieron efecto probatorio judicial a los documentos extranjeros en los Arts 282/LEC 1855 y 600/LEC 1881, pero muy excepcionalmente al someterlos a un doble control muy condicionado para su aceptación.

Ratifica lo que se acaba de decir el que se les negó a los documentos extranjeros otro de los efectos esenciales (genéticos) que tienen las Escrituras españolas: el efecto ejecutivo y por eso los Arts 941/LEC 1855 y 1429/LEC 1881, cuando enumeraron los títulos ejecutivos no hicieron ni siquiera mención a los documentos extranjeros.

La vigente **LEC/2000** impone la reciprocidad declarando vigentes los Arts 952 y 953 LEC/1881 (hoy derogados). Y por supuesto que reconoce a las Escrituras españolas en el Art 319.1 el efecto de prueba plena judicial, y efecto ejecutivo en el Art 517.2.4.º.

Esta Ley culmina la evolución de sus predecesoras tratando a las Escrituras extranjeras como algo distinto y hasta en Arts diferentes (llega hasta regular la ejecutividad en el independiente “*CAPÍTULO II, De los títulos ejecutivos extranjeros*”). Sienta la regla general de que las Escrituras extranjeras no tienen por sí ni efecto probatorio (salvo, Art 323, “*tratados o convenios internacionales*”), ni efecto ejecutivo (salvo, Art 523, “*Tratados internacionales*”). Veamos...

El Art 323 LEC/2000 sólo da efecto probatorio a los documentos extranjeros si se los reconoce un tratado o ley especial, y si no existieran éstos, ya todo dependerá de unos severos requisitos que exigen un doble control para acreditar que en origen ya producen esos efectos (*capacidad, objeto y forma... normas españolas y extranjeras*) (7).

(7) Art 323 LEC: “1. A efectos procesales, se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de esta Ley. 2. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se consi-

Todavía más terminante es (insistimos: en capítulo independiente) la negación del efecto ejecutivo a las Escrituras extranjeras que quedan a expensas a lo que decidan leyes especiales ex Art 523.1 LEC/2000 (8).

Leyes Hipotecarias (LH) de 1861, 1869, 1909 y 1946.

Los legisladores de estas Leyes fueron en todo momento conscientes de que tenían que ser leyes basadas en documentos, pero no podían ser leyes documentales puesto que los requisitos y efectos de los documentos se determinarían en su legislación específica: LN y CC.

De acuerdo con esta planificación las LH 1861/1869/1909 regulan de manera separada (en idéntico Art 2.º) los “actos y contratos” que serían objeto de inscripción (títulos en sentido material), de los “documentos” (en similar Art 3.º) en los que se presentaban a inscripción (títulos en sentido formal) que debían cumplir los requisitos que se determinaban en otras leyes extrahipotecarias (*los reglamentos*).

Respecto de los títulos extranjeros las LH 1861/1869/1909 (en sitio aparte) tenían el mismo Art 5.º que no les atribuía efecto registral, ya que sólo regulaba los “actos y contratos” extranjeros que puedan ser inscribibles (por supuesto sólo si eran válidos de acuerdo con “leyes” extrahipotecarias), pero no se refiere a los “documentos extranjeros” (9).

derarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. 3. Cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”.

(8) Art 523.1 LEC/2000: “1. Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional”.

(9) Art 5.º LH/1861: “También se inscribirán en el registro los documentos o títulos expresados en el art. 2.º, otorgados en país extranje-

La vigente **LH/1946** también distingue (en Arts iguales a los de sus predecesoras) entre los “actos y contratos” inscribibles del Art 2, y los “documentos” del Art 3 (10) que son nuestras Escrituras con efecto registral.

Esta LH/1946 también considera que las Escrituras extranjeras son cosa distinta que las españolas y les niega lisa y llanamente el efecto registral en **el Art 4 que sólo se refiere a los “actos y contratos”, no a los documentos**; dice así

*“También se inscribirán en el Registro **los títulos expresados en el artículo segundo**, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España **con arreglo a las leyes...**”.*

En cualquier caso hay que remarcar que sólo se van a admitir los títulos extranjeros (no digamos los documentos) que sean válidos y eficaces por superar el doble control en derecho extranjero y español (*las leyes*).

Ratifica que el Art 4.º LH/1946 sólo se refiere a actos y contratos (títulos en sentido material) la autorizada opinión de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (11)

*“Según el art. 4 Lh... Relacionando este precepto con el art. 2 Lh... resulta que tienen acceso al Registro los actos –**“títulos” en sentido material**– otorgados en país extranjero con transcendencia real respecto de inmuebles sitos en España...”.*

ro, que tengan fuerza en España, con arreglos a las leyes...” Este artículo comete una equivocación gramatical evidente al equiparar “documentos” con “títulos” utilizando la disyuntiva “o”, cuando ya hemos dicho que en la misma Ley son conceptos distintos. El error es tan evidente que se pone de manifiesto en ese mismo artículo cuando remite al Art 2.º que sólo trata los “actos y contratos”, no los “documentos”.

(10) Art 2 LH/1946: *“En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 1º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos... 2.º... otros cualesquiera reales...”.* Art 3 LH/1946: *“Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública... en la forma que prescriban los reglamentos”.*

(11) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Fco. de Asís: “Derecho Inmobiliario Registral”, editorial Bosch, Barcelona 1977, p 384.

También ratifica la anterior conclusión el que finalmente la legislación hipotecaria se refiere a los documentos extranjeros pero en un artículo independiente, el Art 36 RH

*“**Los documentos** otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de **Derecho Internacional Privado**, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España...”*

Nótese que Art 36 RH es una norma subordinada a la LH, pero no obstante la apertura que realiza a los documentos extranjeros es perfectamente asumible pues aunque desapareciera este Art el documento extranjero siempre tendría que cumplir nuestro Orden Público del Art 12.3 CC y sólo sería admisible si cumple los mismos estándares de seguridad que las Escrituras españolas.

Ley Orgánica del Notariado (LN) de 1862.

La LN en los Arts 1 y 2 (12) sigue la orientación del Proyecto de 1851 de someter los requisitos y efectos de los documentos notariales al principio de formalismo huyendo de la libertad imperante en los negocios.

La LN continúa regulando cuáles son estos requisitos (el primero de ellos la competencia del Notario), pero de todos hay que destacar por su importancia esencial el que se ha de lograr que el consentimiento que presten los interesados ha de ser un “consentimiento informado” previo el adecuado asesoramiento y control tecnológico de la legalidad española; el Art 17.bis.2.a no deja lugar a dudas cuando dice que

*“a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que **el consentimiento ha***

(12) Art 1 LN: “El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Art 2 LN: “El notario que requerido para dar fe de cualquier acto público o particular extrajudicial negarse sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes”.

sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes".

También el Art 24 LN es taxativo en la exigencia del asesoramiento y control de legalidad cuando impone un deber muy especial a los Notarios

*"Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán **velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios** jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas"*.

El asesoramiento y control de legalidad se presta mediante medios tecnológicos que permiten obtener informaciones necesarias para las Escrituras y remitir datos a las autoridades para que ejerzan sus competencias; a tal efecto se elaboran unos índices de los documentos autorizados, que se remiten a los Colegios Notariales y a diferentes Administraciones incluso antiblanqueo [Arts 17, y 17.bis LN (13)].

Ya hemos visto que según los Arts 1 y 2 LN las Escrituras tienen unos fuertes efectos probatorios: hacen "fe". Pero sobre todo, en el ámbito extrajudicial tienen el "efecto extensión" derivado de su presunción de veracidad e integridad, de suerte que pueden llegar a producir efectos incluso frente a terceros según el Art 17.bis.2.b, y por supuesto tienen efecto ejecutivo en el Art 17.1 (14).

(13) Art 17 LN: "2... *El Consejo General del Notariado formará un índice único informatizado con la agregación de los índices informatizados que los notarios deben remitir a los Colegios Notariales.... 3. Corresponderá al Consejo... suministrar cuanta información del índice sea precisa a las Administraciones...*". Art 17.bis LN: "1. Los instrumentos públicos... por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario... 3. Las copias autorizadas de las matrices podrán expedirse y remitirse electrónicamente, con firma electrónica avanzada..."

(14) Art 17.bis.2.b LN: "b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes". Art 17.1 LN: "... A los efectos del

CCom de 1885.

El legislador de 1885 consciente de los límites que les ponían a los documentos extranjeros el Proyecto de 1851, las LEC de 1855 y 1881, la LH de 1861 y 1869, y la LN de 1862, tomó la decisión de admitir aquí sólo las Escrituras complejas autorizadas en el extranjero por los Cónsules de España en funciones notariales; lo dijo así el Art 578 CCom

*“Si hallándose el buque en viaje o en puerto extranjero, su dueño o dueños lo enajenaren voluntariamente, bien a españoles o a extranjeros con domicilio en capital o puerto de otra nación, la escritura de venta se otorgará ante el **Cónsul de España** del puerto en que rinda el viaje ...”.*

Ley de Bases de 1888 y CC de 1889.

Nuestro CC no hace sino confirmar los precedentes de la legislación habida desde mediados del XIX, considerando a las Escritura extranjeras como documentos/No públicos sometidas a un régimen distinto que las españolas (15).

La LB vuelve a la tradición jurídica española (RODRÍGUEZ ADRADOS) en la Base 20 *“Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante... o el otorgamiento de escritura...”*; lo cual daría lugar al título y modo de adquirir que se plasmaría en los Arts 609 y 1095 CC.

El CC atribuyó **efecto traditorio** privilegiado a las Escrituras españolas (veremos que “sólo españolas”) en el Art 1462.2.º CC

artículo 517.2.4º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter...”.

(15) Lo cual no debe de extrañar desde el momento en que según la Base 1ª de la Ley de Bases de 11/5/1888 (LB): *“El Código tomará por base el proyecto de 1851...”*; y que según la Base 19 *“...cuidando de armonizar esta parte del Código con las disposiciones de la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil, respetando los preceptos formales de la legislación notarial vigente...”*; y por supuesto que tiene bien presente la LH de 1869 en la Base 25 *“... admitiendo en el Código los principios de la Ley Hipotecaria...”*; y la Base 26 *“...la incorporación al Código de las doctrinas propias a la Ley Hipotecaria...”*.

“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 dedujere claramente lo contrario”.

Además nuestro CC atribuye **efecto prelativo** a las Escrituras y Pólizas españolas (veremos que “sólo españolas”) en el Art 1924.3.º

“Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:... 3º Los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio. Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias”.

Por otro lado es de destacar el acierto del CC al establecer una configuración civil de los documentos en los Arts 1216 a 1230 CC [a los que RODRÍGUEZ ADRADOS llamaba Parte General del Derecho Documental español (16)], por supuesto manteniendo en el primero los requisitos de la competencia del Notario y el formalismo del cumplimiento de solemnidades legales.

Otro acierto del CC es dejar en vigor la LH en el Art 608 Cc pero siempre que no se dedique a otra cosa que a determinar los actos y contratos sujetos a inscripción (títulos en sentido material), y los efectos y valor de éstas. El mismo Código ratifica que la LH es una Ley basada en documentos pero no una ley documental, cuando remite para los requisitos y efectos de los documentos notariales a la legislación notarial (Art 1217 Cc) no a la hipotecaria.

(16) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, editado por Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 8 a 10. Insistía en que debido a su veracidad e integridad el instrumento público tiene incluso más eficacia extrajudicial que judicial, ya que fuera del proceso no quedaría sujeto a la “apreciación conjunta de la prueba”, que es precisamente la razón de la subsistencia de estos Arts del CC que no ha derogado la actual LEC (Exposición Motivos XI).

Ley de Hipoteca Naval (LHN) de 1893.

Confirma que el Cc no hace sino mantener los precedentes desde el Proyecto de 1851 el hecho de que tan sólo 4 años más tarde los mismos legisladores, en la **LHN de 21/8/1893**, únicamente admiten la inscripción en el RBM de las Escrituras autorizadas en el extranjero “*necesariamente*” por los Cónsules españoles en funciones notariales, y lo hace incluso en términos mucho más amplios que los que había utilizado el Art 578 CCom, ya que se refiere no sólo a las compraventas, sino también a las hipotecas y a “*los demás contratos*” relativos a buques; lo dijo así en el Art 17 LHN

*“Si el contrato de **hipoteca** naval se otorgase en país extranjero, para que surta los efectos que esta Ley le atribuye, **deberá celebrarse necesariamente ante el cónsul español** del puerto en que tenga lugar... Con las mismas formalidades deberán otorgarse los **demás contratos** que se celebren en el extranjero...”*

Ley del Registro Civil (LRC) de 21/7/11.

El legislador español, en pleno siglo XXI, continúa dictando normas siguiendo los precedentes del XIX y XX y por eso la moderna LRC sigue considerando a los documentos notariales extranjeros como una especie diferente a los españoles, pues los trata en sitio distinto y sin atribuirles los efectos generales de las Escrituras españolas, salvo contadísimas excepciones durísimamente condicionadas.

En efecto, sólo considera como documentos auténticos a los españoles del Art 27.1 LRC (17), y frente a ello los documentos extranjeros se consideran tan complejos que ya se les anuncia un tratamiento completamente distinto en el Preámbulo VI LRC al quedar sometida su aceptación a la Oficina Central del Registro Civil y no a los funcionarios ordinarios (18).

(17) 27.1 LRC: “*Documentos auténticos para practicar inscripciones. 1. El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo, notarial o registral, es título suficiente para inscribir el hecho o acto que accede al Registro Civil*”.

(18) Preámbulo VI LRC: “*La complejidad inherente a las situaciones internacionales justifica que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponda con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro...*”.

Finalmente el Art 97 LRC admite la inscripción del documento notarial extranjero pero en unas condiciones muy singulares

*“Documento extranjero extrajudicial. Un documento público extranjero no judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: 1.º Que el documento ha sido otorgado por **autoridad extranjera competente** conforme a la legislación de su Estado. 2.º Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando **funciones equivalentes** a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate. 3.º Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de **Derecho internacional privado**. 4.º Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el **orden público español**”.*

Cierto que el RC es un registro de personas, mientras que el de la propiedad y el RBM lo son de bienes, pero hay que notar que el problema de la recepción de los documentos extranjeros es exactamente el mismo para todo tipo de registro, con independencia de los efectos propios que la inscripción en cada uno de ellos produzca, y por eso veremos que este sistema lo extienden la LJV y la LECOJI a todo documento respecto de cualquier registro (19).

Reglamento antiblanqueo de capitales de 5/5/14.

El Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, y exige al Notario en el Art 6 la comprobación y conservación del documento de identidad tanto del representante como del representado. Para interpretar y

(19) Incluso hay casos en los que aunque el documento notarial extranjero cumpliera todos los durísimos requerimientos impuestos en el Art 97 LRC, no podría superar el nuevo obstáculo impuesto por la tecnología jurídica actual, y esa es la razón de que la **Ley 12/2015, de 24 de junio**, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España, prevé un procedimiento electrónico dando supuesto que nada puede hacer el Notario extranjero pues está fuera de las conexiones telemáticas y firma electrónica que sólo poseen los que son funcionarios de nuestro Ministerio de Justicia.

aclarar esta norma el Organismo Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales (el “OCP” con el que obligatoriamente tienen que estar conectados telemáticamente todos los Notarios sin excepción) ha dictado la Comunicación 1/2014 modificando el Manual de Procedimiento de Comunicación de las Operaciones de Blanqueo, y de todo ello resulta que cuando el poder sea autorizado por un primer Notario español, el segundo Notario que lo utilice posteriormente no tiene que conservar el DNI del poderdante ya que lo ha hecho el primero; pero si el poder se ha hecho en el extranjero el Notario español deberá obtener copia del DNI del poderdante en el extranjero porque la eventual conservación que haga el Notario foráneo no sirve de nada; vaya, que se considera que el Notario extranjero no tiene elementos suficientes para cumplir nuestra legislación antiblanqueo (20).

Ley de Navegación Marítima (LNM) de 24/7/14.

Con los precedentes del Art 578 CCom y 17 LHN, no es de extrañar que la LNM cuando en el Art 73 establece con carácter general el “*Principio de titulación auténtica*” para la inscripción en el RBM sólo se refiera a las Escrituras y pólizas autorizadas por “*notario **español** o cónsul de **España***”, pues bien sabe que son los únicos que pueden estar conectados a las redes informáticas españolas; el Art 73 LNM lo dice así

*“1. La inscripción en el Registro se practicará en virtud de **escritura** pública, **póliza** intervenida por notario, **resolución judicial** firme o **documento administrativo** expedido por funcionario con facultades suficientes por razón de su cargo.*

*“2. **El notario español o cónsul de España** en el extranjero que autorice una escritura pública o intervenga una póliza relativa a buques, embarcaciones o artefactos navales deberá obtener de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, con carácter previo al otorgamiento, la oportuna información sobre la situación*

(20) Comunicación 1/2014, p 2: “La segunda modificación se orienta a poder disponer de fotocopia del documento identificativo de la persona física que actúa representada mediante poder otorgado por notario extranjero...”.

de dominio y cargas y deberá presentarla, directamente o por testimonio, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan”.

Que este Art se está refiriendo sólo a los documentos españoles resulta también de la mención de las “Pólizas” intervenidas que es una variedad documental fruto de una peculiar evolución jurídica española y que es desconocida en otros países, pero en cualquier caso el Art 118.3 y 4 LNM al tratar de la compraventa vuelve a reiterar esta obligación de las notas y la presentación telemática que sólo pueden cumplir los Notarios y Cónsules españoles

“3. Para que produzca efecto frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose en escritura pública.

*4. En los supuestos en que las partes pretendan elevar el contrato a escritura pública, con carácter previo a su protocolización, **el notario o cónsul** deberá obtener del Registro de Bienes Muebles la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan”.*

Modificación de la LNM por la Ley nº 9 de 25/5/15.

Como acabamos de ver la titulación auténtica para la inscripción en el RBM incluye nuestra peculiar forma de “Póliza intervenida”. Sin embargo luego, cuando la LNM va tratando diferentes contratos de construcción, compraventa e hipoteca, se refiere únicamente a la “Escritura” con lo que se podría interpretar que está excluyendo las otras variedades documentales.

Pues bien, como observa el Notario Vicente Martorell García, la Ley 9/2015 retoca diferentes Arts de la LNM para aclarar que entre la titulación auténtica hay que seguir incluyendo a las Pólizas intervenidas. Uno de los Arts retocados es precisamente el Art 118.3 y 4 relativo a la compraventa, que ahora dice así (resaltamos la modificación)

“3. Para que produzca efecto frente a terceros, deberá inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose en escritura pública O EN CUALQUIERA DE LOS OTROS DOCUMENTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 73.

4. *En los supuestos en que las partes pretendan elevar el contrato a escritura pública U OTORGARLO EN CUALQUIERA DE LOS OTROS DOCUMENTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 73...*".

Todo lo cual demuestra que el rechazo de la Escritura extranjera en el RBM es intencionada y no fruto de una equivocación, ya que se mantiene la referencia al Notario y Cónsul español, y se reitera la inclusión de la hispánica Póliza.

Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) de 2/7/15.

La LJV dentro del Título I dedica el Capítulo I a las "Normas de Derecho internacional privado", donde da unas reglas sobre la aceptación en España de documentos extranjeros en las que de nuevo la Escritura extranjera no está equiparada a la española y queda sujeta además a un riguroso doble control ("*superación de su reconocimiento*") ; lo dice así el Art 12.1 y 3 LJV

*"1. Los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa **superación de su reconocimiento** conforme a lo dispuesto en la legislación vigente... 3. El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos: a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente **incompetente**... b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados. c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al **orden público español**. d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico".*

Finalmente la Disposición Adicional Tercera de la LJV ha extendido (y mejorado en cuanto a efectos en origen) el sistema plasmado en el Art 97 LRC a la **inscripción de cualquier documento extranjero en cualquiera de nuestros registros**

"Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros. 1. Un documento público extranjero no dictado por un

órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) Que el documento ha sido otorgado por **autoridad extranjera competente** conforme a la legislación de su Estado. b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando **funciones equivalentes** a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos **efectos en el país de origen**. c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de **Derecho internacional** privado. d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el **orden público español**".

Ley de Cooperación Jurídica Internacional (LECOJI) de 30/7/15.

Esta ley confirma lo que venimos diciendo, y así hay que destacar que el Preámbulo VIII explica que se sigue manteniendo la reciprocidad y el exequátur pues aunque es de difícil encaje en el seno de la UE, hay 194 países en la ONU...

"... se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo...".

Por otro lado a la inscripción en España de los documentos extranjeros dedica el Art 60 que establece unas reglas generales **para todos los documentos en cualquier registro** y que literalmente dice

*"Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la **legislación específica** aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando **funciones equivalentes** a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos **efectos en el país de origen**".*

Nótese que hay perfecta coordinación entre todas estas normas, pues la LECOJI, en casos de duda, declara de aplicación preferente

los Arts 97 LRC y la DA 3.^a LJV, gracias a su Art 2 y la DA 1.^a.c.g (21).

III. LAS ESCRITURAS EXTRANJERAS SON DOCUMENTOS NO/PÚBLICOS, CUYOS EFECTOS EN ESPAÑA SERÁN LOS QUE TRAIGAN DE ORIGEN Y LES SEAN RECONOCIDOS POR UNA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL INTERNA O SUPRANACIONAL

Nuestro CC sólo reconoce dos categorías de documentos: los públicos (dentro de ellos los notariales) y los privados, siendo esta última una categoría residual según se deduce del Art 1223 CC cuando remite a ella todos los notariales nulos por incompetencia del Notario u otros defectos de forma. Igualmente el Art 715 CC que considera que el testamento cerrado nulo por razones formales puede valer como testamento en documento privado –o sea, como testamento ológrafo– si está todo él escrito, fechado y firmado de propia mano del testador.

Lo mismo ocurre con la ley procesal civil que contiene una enumeración de lo que considera documentos públicos en su Art 317 LEC “*Clases de documentos públicos. A efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:... 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos...*”. Y posteriormente pasa a considerar que son documentos privados los que no encajan en la enumeración anterior ex Art 324 LEC “*Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317*”.

(21) Art 2 LECOJI: “*La cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del Derecho interno. c) Subsidiariamente, por la presente ley*”. DA 1.^a.c.g LECOJI: “*A los efectos de lo previsto en el artículo 2 de esta ley, tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes:... c) Los artículo 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil... g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria*”.

Pues bien, que las Escrituras extranjeras no son documentos públicos, no están equiparadas a las españolas, es algo evidente a la vista de seis argumentos que lo avalan; veamos...

El primero es un argumento de **autoridad**, pues dado que ni en la carrera de D^o, ni en las oposiciones a judicaturas (vid temario en BOE 30/1/15) se estudia un solo tema de D^o notarial, hay que acudir a los autores que han pasado toda la vida estudiando el D^o documental y notarial español (BONO HUERTA, VALLET DE GOITISOLO, CÁMARA, JIMÉNEZ ARNAU, NÚÑEZ LAGOS, GONZÁLEZ PALOMINO, RODRÍGUEZ ADRADOS, etc.) y se comprueba que ninguno de ellos ha dicho nada parecido a que cuando nuestras normas hablan de Notario o Escritura están incluyendo a lo notarial extranjero en plano de igualdad con el español.

El segundo argumento es el estudio de las **fuentes históricas** de la legislación documental y notarial española, europea y mundial llevado a cabo, entre otros, por RODRÍGUEZ ADRADOS en varios de sus trabajos (en alguno de ellos la bibliografía ocupa 14 páginas) de las que se extrae la misma conclusión de que nuestro CC se refiere, como regla general, sólo a la legislación, Notario y documento español.

El tercer es la **pura lógica**, pues si cualquier referencia en nuestras normas a una legislación, funcionario o documento que no lleve la calificación expresa de “español” se entendiera que incluye al “extranjero”, nuestro ordenamiento se vendría abajo y el caos se impondría cada vez que con esa excusa cualquiera pretendiera que se le aplicara la legislación extranjera para eludir los efectos más estrictos de la de aquí. Para evitar este absurdo habrá de entenderse que la regla general es que esas referencias lo son a lo “español” y cuando excepcionalmente nuestras normas se refieren a lo “extranjero” lo dicen expresamente. Criterio éste que se aplica no sólo al ámbito notarial, sino al civil, al administrativo, al penal, al fiscal etc. Y esta es la razón por la que ningún Gobernador Civil, Delegado de Hacienda, Presidente de Diputación, Alcalde, Delegado del Gobierno, de la Vivienda, Jueces, Magistrados etc. haya nunca intentado comparecer ante un Notario de país limítrofe o ante cónsul extranjero asentado en España, para otorgar una Escritura u ordenarle la protocolización de un testamento ológrafo o cualquier otro documento.

El cuarto argumento es **lingüístico** pues en nuestras normas se utilizan continuamente expresiones típicamente españolas que no se utilizan en otras partes del mundo y que demuestran sin lugar

a dudas que nuestro legislador se refiere sólo a leyes, Notarios y Escrituras españolas, así es frecuente en el Proyecto, Anteproyecto, CC, LEC expresiones como escribano, instrumentos, competencia, Notario empleado público (en muchos países como UK no son funcionarios), matriz, protocolo, copias, cotejo de copias, valor probatorio de las copias, [hay documentos extranjeros que circulan en original, como ciertos poderes en algún cantón suizo o en Quebec (22)], protocolizar con Juez de 1.^a instancia, Agente de Cambio y Bolsa y Corredor de Comercio Colegiado (estos últimos no existen en otros lugares), Secretarios Judiciales, CCAA, provincias, municipios, Entidades locales, etc.

El quinto argumento es **sistemático**, pues ya hemos visto al exponer los precedentes y la legislación actual española que cuando se refieren a los documentos extranjeros lo hacen en lugar aparte de los españoles tratándolos como especie distinta a los documentos públicos.

El sexto es un argumento **metodológico** puesto que es tan claro que los documentos extranjeros no son Escrituras españolas, que diferentes normas los someten a un tratamiento y unos requisitos para que produzcan aquí algún efecto, que sobrarían si fueran lo mismo que nuestras Escrituras. ¿Si las Escrituras extranjeras fueran como las españolas por qué nunca ninguna ley ha hecho esa equiparación? ¿por qué se dan normas especiales de **DI de origen interno** (Arts 323 y 523 LEC, 4 LH, 36 RH, 27 de la Ley de Mediación, 97 LRC, 12 y DA 3.^a LJV, 60 LECOJI...) para intentar reconocerles unos efectos que deberían de tener por sí si fueran documentos públicos? En fin, esta es la misma opinión tanto de BLANCO MORALES como de la Res SN 18/1/05 (23).

Nótese que las conclusiones que se mantienen aquí están ratificadas por el Derecho Comparado en el que hemos de ver que son

(22) Así lo explica respecto a Suiza RODRÍGUEZ ADRADOS en varios de sus escritos. Y para Quebec, Pepin, Y. y LACHANCE, M: *op. cit.*

(23) BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *op. cit.*, p 114 “Es obvio que estos preceptos (art 1462.II y 1216 CC) se refieren a documentos autorizados por notarios españoles... y que cuando exige otorgamiento de escritura pública se refiere a la escritura pública española”. Res 18/1/05 del Sistema Notarial: “Cuando con carácter general, la ley requiere la intervención notarial debe entenderse referida a la de un notario nacional, único que con su actuación puede incorporar el juicio de legalidad de nuestro Ordenamiento”.

muchos los países que consideran las Escrituras extranjeras cosa distinta de las propias y no permiten la inscripción en sus registros.

También las normas de **DI supracional** reconocen que las Escrituras extranjeras son especie distinta y de ahí los desesperados intentos de reconocerles alguno de los efectos que les son propios en el interior de los países.

La conclusión es clara: las Escrituras extranjeras no son documentos públicos a los efectos internos españoles y no tienen por sí sus efectos. De todas maneras, como bien dijera el Notario Isidoro Calvo Vidal, tampoco se les puede calificar sin más de simples documentos privados y por eso es mejor calificarlos como "documentos/ No públicos" para que quede claro que son una tercera especie distinta tanto de los privados simples como de las Escrituras españolas.

Todo lo cual no es especialmente dramático o insuperable, pues ocurre lo mismo que con ciertos documentos privados españoles que tienen "algunos" efectos de los públicos sin serlo (los reconocidos judicialmente, testimoniados, legitimados, liquidados de impuestos, letras, pagarés cheques, carta de porte, conocimiento de transporte, documento de transporte multimodal, resguardos de depósito y garantía, warrants, en Almacenes Generales, Puertos, Zonas y Depósitos Francos, y Aduanas, prenda aceitera y de menos de 5.000 pts., documento privado de donación etc.), a los que se les atribuya un concreto efecto que es propio de estos últimos: ciertos efectos probatorios reforzados, fecha fehaciente, cierta conservación en el Libro Indicador notarial o conservación plena en el Protocolo, efecto registral, fuerza ejecutiva, efecto traditorio... Pero nótese que estos efectos no se atribuyen al "género" de los documentos privados, sino sólo a "muy concretos" documentos privados que se encuentran en unas "circunstancias muy determinadas" y sólo gracias a una "excepción específica establecida en la ley".

IV. LOS CINCO REQUISITOS QUE HAN DE CUMPLIR LOS DOCUMENTOS EXTRANJEROS PARA SU ACEPTACIÓN EN ESPAÑA EN CUANTO A: 1) EL NOTARIO, 2) EL ACTO, 3) EL DOCUMENTO, 4) LOS EFECTOS, Y 5) EL RESULTADO

Con la perspectiva anterior vamos a exponer los requisitos generales han establecido las recientes LJV y LECOJI para el recono-

cimiento en España de los documentos extranjeros, pues aunque la novedad no es tanta como pareciera en una primera lectura, el que por fin en unos textos modernos esté concentrada la solución general española a este problema merece un examen más detallado.

Pero antes de comenzar hay que llamar la atención sobre la equivocada forma de expresarse con la que se pronuncian nuestras leyes (Arts 97 LRC, 12 y DA 3.^a LJV, y 60 LECOJI) que hablan de los requisitos para “la inscripción”, cuando en realidad ese es un problema menor dado que en nuestro país la regla general es que la inscripción es voluntaria; lo verdaderamente importante es que los documentos puedan ser aceptados aquí y luego el hecho de que se inscriban o no en el registro es algo que puede depender de circunstancias muy diversas (hay millones de fincas sin inmatricular que llevan transmitiéndose generaciones en plena normalidad del derecho): puede haber documento sin inscripción, pero nunca inscripción sin documento.

Requisito 1.º respecto del Notario: que tenga competencia.

Es incuestionable que ni todos los funcionarios ni todos los Notarios pueden hacer los documentos que les vengan en gana. El primer requisito que les exige el Art 1216 CC es que sean “*competentes*”. La competencia se detalla en la LN y el RN en sentido territorial y material (ésta básicamente limitada a materia extra-judicial/ administrativa).

Los Notarios extranjeros también han de ser competentes (“*conforme a la legislación de su Estado*”) en sus respectivos países para hacer el contrato, la transmisión de propiedad y el documento de que se trate, y así lo exigen los Arts 97 LRC, y 12 y DA 3.^a LJV.

La pregunta es si por muy competente que sea un Notario en origen, sigue manteniendo esa misma competencia para prestar servicios notariales fuera de su país...

...Y aquí ya nos encontramos con un primer problema ya que la **Directiva 2006/123/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior en el Art 2. 2. i). l) excluye de liberalización “*las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado*” y “*los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración*”, insistiendo en esta exclusión en el Art 17. 12) “a los

actos para los que se exija por ley la intervención de un notario”, y aclarando en el Art 1.1 que esta exclusión se refiere no sólo a la “libertad de establecimiento”, sino también a la “libre circulación de los servicios”.

Congruentemente con lo anterior la **Directiva 2013/55/UE** recientemente ha modificado la **2005/36/CE** de reconocimiento de cualificaciones profesionales, insistiendo en que se excluye de equiparación los títulos profesionales de Notario en el Art 2.4 *“La presente Directiva no se aplicará a los notarios nombrados por un acto oficial de la Administración”.*

Por supuesto que a España no le ha quedado más remedio que seguir esas orientaciones en la **Ley 17/2009 de 23 Noviembre** sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que en aplicación de la Directiva de 2006 dice en el Preámbulo II que la liberalización no se aplica a *“los actos realizados por fedatarios públicos”,* o como dice el Art 2.2. i) a *“Las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios”;* además se aclara en el Art 1 que la exclusión de liberalización no sólo impide *“la libertad de establecimiento de los prestadores”* sino también *“la libre prestación de servicios”,* y todavía con mayor precisión insiste en el Art 2. 1 que cuando se habla de servicios no liberalizados lo son, no sólo los que se prestan desde España, sino también los que se prestan desde el exterior *“... que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro”.*

Interesa destacar aquí que esta falta de competencia del Notario extranjero, es algo que se repite constantemente en otras muchas normas y sentencias de la UE, de España, y de otros países como Alemania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Croacia, EEUU, Francia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Macedonia, Méjico, Noruega, Polonia, Suecia, Suiza y UK según dijimos ya en otro lugar.

Sería chocante que para una profesión liberalizada como la de Abogado se pida al extranjero que supere un examen en Derecho español (Orden PRE/421 de 15/3/13 y RD 1837 de 8/11/08), y sin embargo para prestar servicios notariales no liberalizados no se pida absolutamente nada.

Nótese que las Directivas europeas citadas son *“legislación”* del *“Estado”* de todos los países de la UE, y con mayor razón esas reglas sobre la falta de competencia se tienen que aplicar a países no euro-

peos para no caer en el absurdo de que sus documentos notariales circularan con mayor facilidad que los de la propia Unión.

¿Quiere esto decir que nunca ningún documento de Notario extranjero se va a aceptar en España? ¿Puede haber alguna excepción por la que se pueda considerar competente al Notario extranjero en determinados casos?

Claro que puede haber excepciones a este requisito como, en general, para el resto de requisitos que vamos a detallar a continuación (las iremos viendo...), por la sencilla razón de que si el legislador es el que establece la regla general puede establecer cuantas excepciones tenga por conveniente... pero son eso... excepciones que tienen un régimen jurídico muy peculiar que ha ido concretando la doctrina y la jurisprudencia: 1. Deben estar impuestas de manera expresa en norma de igual rango que la regla general (STS Sala 3.^a 19/7/13). 2. No se pueden aplicar extensivamente a supuestos no específicamente contemplados en la norma (argumento Art 4.2 Cc y STS 32/1/1947 entre otras de las citadas por CASTÁN). 3. Serán objeto de interpretación restrictiva (STS Sala 3.^a 7/3/03).

Requisito 2.º respecto del acto: que sea válido según el Derecho Internacional.

La exigencia de este requisito es meridianamente clara en los Arts 36 RH, 97 LRC y DA 3.^a LJV, lo que nos obliga en este apartado a intentar fijar cuáles son esas reglas de DI que tienen que cumplir el contrato, la transmisión de la propiedad y el documento realizados en un país para que se puedan considerar válidos en otro distinto, pues sólo así podremos luego juzgar si en un caso concreto se cumplen esas reglas.

Respecto del contrato explican los internacionalistas CARRASCOSA GONZÁLEZ, SABIDO RODRÍGUEZ, y BLANCO MORALES (24), que en el ámbito

(24) Los tres en *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2012, Tomo V, Derecho Internacional Privado; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional” p. 603 a 766 (en particular sobre la diferencia entre contrato y documento p. 672); SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes: “Límites a la autonomía de la voluntad y Derecho Internacional de Sociedades, p. 1027 (explica que también existe en el ámbito societario derecho de elección de la ley aplicable a la sociedad); BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *op cit.*

contractual dos son los tipos de normas que se han de tener en cuenta como más relevantes: la sustantiva aplicable al contenido y la de la validez formal.

Pues bien, en derecho interno español podemos decir que rige el principio de libertad en ambos aspectos sustantivos y formales, pues la libertad contractual está consagrada en los Arts 1254, 1255 y 1258 Cc y la libertad de forma está en el Art 1278 CC.

Nuestro DI de origen interno se rige por los mismos principios de libertad pues según el Art 10.5 CC los contratantes pueden elegir la ley aplicable al contenido del contrato siempre que tenga alguna conexión, y la libertad de validez formal queda garantizada en el Art 11.1 CC que al admitir múltiples puntos de conexión prácticamente garantiza su validez (según las formas de la ley del lugar de celebración, la aplicable al contenido, la personal del disponente, la común de los otorgantes o la del lugar del inmueble).

El DI supranacional avala esta libertad contractual en el Rgto UE 593/08 (ROMA I) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (que es de aplicación universal), que ratifica la libertad de elección de la ley sustantiva en el Art 3 (25) y la libertad formal con múltiples puntos de conexión en el Art 11 (26).

(25) Art 3.1 ROMA I: *“1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.*

(26) Art 11 ROMA I: *“1. Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado.*

2. Un contrato celebrado entre personas que se encuentren en distintos países, o por medio de representantes que estén en distintos países, en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento.

3. Un acto jurídico unilateral relativo a un contrato celebrado o por celebrar será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones formales de la ley que rija o regirá el fondo del contrato en virtud del presente Regla-

En definitiva pues, con tantas posibilidades, la validez del negocio jurídico con elemento extranjero está garantizada en la práctica pues serán casos extremadamente patológicos los que no puedan acogerse al manto protector de una u otra ley.

Con el contrato válido ya hemos dicho que hay países que solucionan además los aspectos de transmisión de la propiedad y los de los documentos notariales, sin embargo, hay otros muchos países como España en los que estos dos últimos aspectos no se pueden solucionar por la normativa contractual sino por una normativa específica, es por esto que el análisis de la normativa española debe continuar a la búsqueda de soluciones no judiciales.

Respecto de la transmisión de la propiedad recordamos que por mandato expreso de la LB se impuso el sistema del “título y modo” (que se aplica también a los demás derechos reales susceptibles de posesión), entre otros en el Art 609 CC.

Pero es que en el DI de origen interno la libertad brilla por su ausencia pues **para transmitir nuestra propiedad no existe la posibilidad de elegir otra ley que no sea la española** ex Art 10.1 CC (27).

Y por si esto fuera poco resulta que las normas de DI supranacionales han abandonado completamente esta materia y no hay ningún atisbo de acercamiento entre los diferentes sistemas de transmisión de propiedad; no existe nada parecido a ROMA I para los contratos, o el RgtoE 650/15 para la ley sucesoria: simplemente cada país tiene su propio método transmisivo. La coincidencia sobre este punto

mento, o de la ley del país en el que se realizó dicho acto, o de la ley del país en que la persona que lo realizó tuviera su residencia habitual en ese momento...”

(27) Art 10.1 CC: “1. La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles”.

de los internacionalistas [BLANCO MORALES (28), HEREDIA CERVANTES (29) y CALVO VIDAL (30)] es absoluta.

Ahora bien, si el DI impone que la transmisión de una propiedad española ha de cumplir nuestra legislación interna, y ésta exige el requisito adicional de la traditio o traspaso posesorio (en su doble dimensión de “acto jurídico” y de hecho de ejecución en el que entraría la “documental”), resulta imprescindible dejar sentadas cuáles son nuestras reglas sobre la traditio, pues sólo así se podrá juzgar si desde el extranjero se pueden cumplir.

Comenzando por **la traditio como “acto jurídico”** se ha podido leer en internet que hay que “españolizar” las Escrituras extranjeras y basta que digan que se ha producido la traditio para como por ensalmo se de por cumplida... Pues no... la cuestión es mucho más compleja de lo que pueda parecer inicialmente, ya que el efecto traditorio no se produce porque alguien lo diga, sino que se atribuye por ley a determinados actos que cumplen estrictamente los requisitos establecidos por esa misma ley. Si se produce la traditio es porque lo dicen los Arts 1462 a 1464 CC, si se produce bajo condición suspensiva es porque la jurisprudencia y las leyes admiten el pacto de reserva de dominio, y si, en fin, se produce bajo condición resolutoria es porque lo dicen los Arts 1504 Cc y 11 LH...

(28) BLANCO MORALES Limones, Pilar: *op. cit.*, p 139-140: “El art. 345 TFUE (antiguo art. 295 TCE) indica que los Tratados de la UE en nada afectan ni prejuzgan el régimen de la propiedad de los Estados miembros”.

(29) HEREDIA CERVANTES, Iván: “El convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil...”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 48, marzo-abril 2013: “A diferencia de lo que acontece con el derecho de obligaciones y, en especial, con el derecho de contratos, los aspectos reales de las transacciones comerciales internacionales han sido... los grandes olvidados del proceso de armonización del Derecho comercial internacional... no es posible encontrar instrumentos convencionales o europeos que establezcan normas de conflicto comunes en materia jurídico-real”.

(30) CALVO VIDAL, Isidoro: “Competencia del notario español en supuestos internacionales...”, *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2012, Tomo V, Derecho Internacional Privado, p. 811. Nos recuerda que el moderno RgtoE 650/15 por mucho que haya unificado la ley sucesoria excluye de esa unificación los derechos reales en su Considerando 18: “Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

La transmisión de la propiedad por título y modo es más complicada de lo que parece tal como ha explicado José María MIQUEL (31) quien comienza por recordarnos que el contrato de compraventa puede ser todo lo “válido” que se quiera pero nunca ha tenido la “eficacia” de transmitir la propiedad. Lo dice gráficamente “*Vender no es igual a enajenar*” (32). Para “enajenar”, para transmitir la propiedad, el proceso ordinario es mucho más complejo, pues en total requiere: 1. Contrato válido de compraventa con el cruce de voluntades (consentimiento) para contratar, para obligarse a cambiar cosa por precio. 2. Más (como requisito previo de la tradición, no del contrato) poder de disposición sobre la cosa que se vende por ostentar el vendedor una propiedad sin prohibiciones (Art 26 LH) que excluyan el derecho de disponer que corresponde únicamente al propietario en el Art 348 CC. 3. Más traditio o entrega de la cosa por cualquiera de los procedimientos admitidos en el Cc, con una voluntad de transmitir y de adquirir distinta a la del contrato, por más que pueda ser implícita como ocurre de manera ordinaria en la documental por Escritura del Art 1462 CC.

Que la traditio no es un mero hecho sino un acto jurídico lo confirma la STS 18/7/06 (citada por J. M. MIQUEL) que trataba un arrendamiento con opción de compra en la que el optante entendió que era propietario al ejercitar la opción pues era un caso de “constituto posesorio” en el que ya tenía la previa posesión derivada del arrendamiento; sin embargo, el TS concluyó, ante la alegación del transmitente de que la opción no estaba correctamente ejercitada, que esa posesión no tenía efecto traditorio pues faltaba la “voluntad” del tradens.

¿Pueden los extranjeros cumplir la traditio?; por supuesto que sí, pues como acabamos de decir la voluntad de transmitir y adquirir puede ser hasta implícita; pero la cuestión no es de existencia de la traditio, sino de su prueba.

Si la prueba de la traditio se plantea dentro de un proceso, ante la libertad que hay de medios probatorios, el juez puede llegar con

(31) MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: “Transmisión de la Propiedad y autonomía privada”, *Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, 2012, Tomo III-2, Derecho patrimonial 2, p. 1-191.

(32) MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: *op. cit.*, en varios pasajes y en p. 19.

relativa facilidad a la conclusión de que se ha producido de manera efectiva por alguno de los procedimientos que admite el CC, de suerte que designará como propietario a determinada persona a la que proveerá de un título judicial inscribible en el registro.

Sin embargo, la prueba extrajudicial es muy complicada dado que en el procedimiento notarial y registral español no hay trámites específicos para ello (STS 10/7/1997), y ni valen las meras manifestaciones de las partes alegando que la han hecho (STS de 2/12/10), ni la inscripción la sustituye (STS 11/10/14), pues se ha tenido que producir fuera del Registro, ya que lo que se publica según Lacruz Berdejo, no es el contrato propiamente, sino el resultado completo del proceso transmisivo con traditio incluida, es decir, el derecho mismo de propiedad: quién es el propietario.

Por otro lado el traspaso posesorio “de hecho” de la cosa vendida unas veces es tan costoso y antieconómico (cientos de toneladas de olivas, miles de litros de aceite etc.) que se vuelve en la práctica imposible.

Con ello llegamos a la **traditio como hecho, en su dimensión “documental”**, pues para solucionar las cuestiones que acabamos de citar el ordenamiento español ha facilitado el cumplimiento y prueba de la traditio mediante documentos: la cuestión de la prueba extrajudicial de la traditio está solucionada en nuestro país mediante el efecto traditorio que atribuye el Art 1462 CC a la suscripción de Escrituras españolas (y probablemente del documento privado de donación de mueble), y la realización de la traditio en casos especiales se soluciona mediante la entrega del documento en el que se describen (resguardos de depósito, carta de porte, conocimiento de embarque, documento de transporte multimodal...).

Respecto de las normas de DI aplicables a la elaboración de documentos, lo primero sería aclarar una confusión muy extendida (sí, también en algún exdirector de la DGRN y en el TS) sobre que los Arts 11 CC y 11 ROMA I, se refieren únicamente a la ley aplicable a la validez formal de los contratos, pero no se refieren a la ley que debe cumplir el Notario en la elaboración de sus documentos.

RODRÍGUEZ ADRADOS (33) advertía hace muchos años de manera clarividente que en el Artículo 11 CC hay un “indeferentismo formal”

(33) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Sistemas Notariales existentes en el mundo”, Ponencia que ya presentó al XIV Congreso internacional del

que sólo se refiere a la “validez del negocio”, pero al desconocer el valor de las formas en el derecho, no se refiere a los “efectos del documento”; esta es también la opinión de BLANCO MORALES (34).

Entonces... ¿Cuáles son las normas de DI que disciplinan la formalización de documentos notariales?... Ninguna... no hay... no existen... cada país tiene las suyas, y elabora sus documentos notariales con arreglo a sus normas internas, pues **no existe posibilidad de elegir una ley notarial foránea para la formalización de documentos**. En otras palabras, los Notarios españoles sólo podemos formalizar nuestras Escrituras cumpliendo la LN y el RN español, no tenemos otra posibilidad, y eso mismo les ocurre a los Notarios ingleses, alemanes, franceses etc., de manera que cada uno de ellos elaborará solamente documentos españoles, ingleses, alemanes, franceses etc... No hay otra salida salvo una tímida matización a favor del “documento público europeo” (35).

Requisito 3.º respecto del documento: que cumpla en origen requisitos equivalentes.

Los Arts 97 LRC, DA 3.ª LJV y 60 LECOJI coinciden en exigir que el Notario extranjero desarrolle una función equivalente al español, y si tenemos en cuenta que la función primordial de un Notario es la de elaborar documentos, esto quiere decir que los documentos han de ser equivalentes, cosa que sólo ocurre cuando hayan cumplido requisitos igualmente equivalentes.

Notariado Latino de Guatemala 1.977, *Escritos Jurídicos*, Consejo General del Notariado, Madrid 1996, Tomo II, pág. 26.

(34) BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar: *op. cit.*, insiste en ello en p. 83, 85 y 111.

(35) El “documento público europeo” comienza sus primeros balbuceos, como por ejemplo con el Certificado Ejecutivo de los RgtosE 805/04, 1215/12 y 650/12 (este último además con el Certificado Sucesorio) que emiten Notarios europeos, investidos de competencia, cumpliendo requisitos, y produciendo efectos determinados por norma europea. Sobre el particular *vid.* BRANCÓS NÚÑEZ, Enrique: “Circulación escrituras públicas en la UE”, *El Notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 61, mayo-junio 2015.

Así pues nuestra primera labor sería el determinar los requisitos que necesariamente ha de cumplir el Notario español en la elaboración de sus documentos pues sólo así se podrían comparar con los que ha cumplido el foráneo en los suyos.

Lógicamente no nos queda otra opción que remitir a los magníficos manuales que existen en los que se encontrará cumplida y extensa respuesta a esta pregunta; aquí sólo nos centraremos en la LN y RN para fijarnos en algunos de estos requisitos que ha de contener el documento notarial intervivos en el que todo está fijado y milimetrado hasta el último detalle, desde el número de sílabas por línea, el número líneas por página, comparecencias, juicios, consentimiento informado con asesoramiento y control tecnológico de legalidad, reservas y advertencias legales etc. (para comprobarlo basta seguir la lectura del RN, básicamente Arts 143 a 271).

¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de estos requisitos dado que son impuestos en normas jurídicas específicas?... ¿el incumplimiento de cualquier requisito da lugar a la nulidad del documento?...

La respuesta a esta pregunta tiene que ser muy matizada puesto que frente a la regla de nulidad absoluta que establece el Art 6.3 CC, el art 27 LN (36) se muestra menos contundente, hasta el punto de que la doctrina notarialista pronto hubo de poner de relieve que la enumeración del Art 27 LN no recogía todas las nulidades (entre otras razones porque los Testamentos se rigen por el CC y leyes sustantivas ex Art 29 LN y 143 RN) y que, incluso, alguna de las que recogía tampoco eran en realidad nulidades de pleno derecho.

Para explicar estas matizaciones no queda otro remedio que dejarse guiar por el magisterio de RODRÍGUEZ ADRADOS (37), y más re-

(36) Art 27 LN: *“Serán nulos los instrumentos públicos: Primero. Que contengan alguna disposición a favor del notario que los autorice. Segundo. En que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas, en el grado de que queda hecho mérito, o los parientes, escribientes o criados del mismo notario. Tercero. Aquellos en que el notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del notario”*.

(37) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *“Formación del Instrumento público”*, *Escritos Jurídicos*, editados por Colegios Notariales, Madrid, 1996, Tomo III, p 479 a 506. También en *“Nueva legislación notarial comentada”*,

cientemente de GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (38), que penetran en el interior de los documentos y distinguen entre el **ACTO** del otorgamiento y el **PAPEL** documental en que se reflejaba dicho otorgamiento, y en base a ello hasta tres posibles situaciones de eventual incumplimiento de requisitos en la redacción de los documentos notariales:

1. Incumplimiento de requisitos tanto en el ACTO, como en el PAPEL, lo que –si eran trascendentes– causaba una doble nulidad: la del otorgamiento y la del papel. Lo que ocurría en este caso es que es siempre más fácil obtener la nulidad del documento en su dimensión papel que la del acto.

2. Incumplimiento de requisitos en el ACTO, pero que en el PAPEL se daban por cumplidos lo que –si eran trascendentes– producía una falsedad civil o penal. También en este caso la nulidad del acto pasaba a un segundo plano ya que lo primero era obtener la declaración de falsedad de la dimensión papel, lo que hacía innecesario perseguir la primera.

3. Cumplimiento de requisitos en el ACTO, pero que no se reflejaban (o se reflejaban mal) en el PAPEL. Pues bien, son muy pocos los requisitos que incumplidos en el papel dan lugar a una nulidad de pleno derecho e insubsanable del documento, pues lo importante es que se hayan producido en la realidad, por lo que la regla general viene a ser la del “favor documentii”, y bien porque sean simples infracciones no invalidantes, bien porque sean ineficacias específicas, o bien, aunque sean requisitos de gran transcendencia, porque admitan subsanación, es perfectamente posible que el documento alcance su plena validez y eficacia a pesar de sus carencias (39).

edita Colegio Notarial de Madrid, comentario al Art 27 LN, Tomo I de Legislación Notarial, p. 133 a 136.

(38) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: “Nulidad del Instrumento Público”, *DERECHO NOTARIAL*, Tema 31 de la obra colectiva dirigida por Joaquín Borrell, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 803 a 874.

(39) Resumiendo lo escrito por RODRÍGUEZ ADRADOS y GÓMEZ-FERRER y lo resuelto por la Jurisprudencia y la DGRN, tendríamos una serie de incumplimientos de requisitos de formalización del documento notarial, y que sin embargo NO acarrearían nulidad insubsanable: –Uso indebido de papel común o incumplimiento de las normas sobre márgenes, líneas y sílabas (Res 19/10/1971). –Incumplimiento de reglas sobre abreviaturas, espacios en

Así pues, nos podemos encontrar con un documento notarial en un “PAPEL” con una apariencia muy extraña y que nadie reconocería externamente como una “Escritura al uso” (en papel común, sin márgenes, sin número de protocolo, sin fecha, sin expresión del Notario autorizante, sin fijar el lugar de autorización, sin juicios de identificación y capacidad etc.) y que sin embargo (en su caso con la correspondiente subsanación), al haber cumplido en el “ACTO” del otorgamiento todos los requisitos exigibles acabe siendo un documento válido y eficaz.

Frente a ello puede darse una Escritura en la que externamente el “PAPEL” aparenta recoger todos los requisitos, pero que al no haber sido cumplidos en el “ACTO” del otorgamiento sea, más que nula, “inexistente”; esto último ocurre singularmente si ha faltado el “consentimiento informado” previo el asesoramiento y control tecnológico de la legalidad española, y por esto la insanidad mental del Notario según RODRÍGUEZ ADRADOS, GÓMEZ-FERRER, ÁVILA, AZPITARTE y MOXÓ RUANO es causa de nulidad radical e insubsanable de la Escritura pues el PAPEL puede decir que se ha cumplido, pero el ACTO del otorgamiento sería una pantomima: puro teatro.

blanco y guarismos (Res 30/11/1864). –Utilización de papel de calco (Res 14/2/1963 y 16 y 22/7/1971). –Actuación dentro del distrito pero en la residencia de otro compañero (Res 24/11/1988), o en su zona notarial, o sin respetar el turno. –Error o falta del número de protocolo (Res 27/1/1934 y 19/10/1934). –Falta de fecha si se puede establecer una datación indirecta indubitada (Res 16/4/1888 y 30/5/1931 respecto de testamentos). –Falta de expresión del lugar del otorgamiento, pues RODRÍGUEZ ADRADOS entiende que se presume que lo es en la residencia del Notario (Fuero Real, Espéculo y Partidas). –No expresar la vecindad del Notario (STS 13/11/1868), o el nombre y apellidos del Notario, pues se puede identificar con su signo y firma al estar registrados en archivos oficiales. –No indicar la vecindad de los testigos, o no expresar el nombre de los testigos, siempre que se puedan identificar por la firma. –Falta de expresión de fe de conocimiento siempre que se subsane (según Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y el Art 189 RN). –Falta de expresión del juicio de capacidad en el documento (Res 18/4/1879). –Error o ausencia de calificación del acto. –No describir los inmuebles con todos sus requisitos lo que impide su inscripción. –Falta de expresión de que se ha producido la lectura siempre que se subsane (ÁVILA ÁLVAREZ, AZPITARTE y MOXÓ RUANO). –Falta de consignación de que se hicieron reservas y advertencias. –Falta de identificación de los folios del documento si de alguna otra manera se identifican suficientemente. –No estampar el sello de la Notaría o faltar la rúbrica del Notario.

Llegados a este punto hemos de detenernos en este requisito fundamental, el “alma”, el ADN, de los documentos notariales, lo que justifica que tengan un valor añadido y efectos superiores a los documentos privados, que no es otra cosa que el obtener y garantizar el **consentimiento informado** de los que intervienen en ellos, que sólo se puede lograr con un estricto **asesoramiento y control tecnológico de la legalidad española** hecha por el Notario, lo cual está impuesto en los Arts 1216 CC, y 1, 2, 17 bis y 24 LN y otras muchas normas vigentes cuya enumeración sería ociosa.

Además es reconocido por la generalidad de la doctrina, y el Derecho Histórico y Comparado [RODRÍGUEZ ADRADOS (40)]. También la jurisprudencia de la DGRN, Audiencias Provinciales y Nacional, del Supremo, del Constitucional y hasta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce el imprescindible control de legalidad notarial (41).

Para acabar de perfilar este asesoramiento y control hemos de referirnos a tres cuestiones relevantes:

La primera es la relativa a la sofisticación de los **medios técnicos** con los que se tienen que prestar, pues hay que recordar el abismal cambio tecnológico que se ha producido desde el Proyecto de CC de 1851 (comenzaba a balbucear el telégrafo), hasta la era digital de hoy en día en que se transmite la información de manera, más que rápida, “instantánea”, y se ejercita la profesión notarial mediante una serie de conexiones telemáticas con firma electrónica con múltiples organismos, tarjetas encriptadas, números especiales de fax, y documentos, copias, archivos y protocolos notariales electrónicos. Nótese que estos servicios electrónicos son de obligado

(40) RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “El control de legalidad y la STS de 20.5.2008”, *El Notario del Siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, núm. 20, julio-agosto 2008; nos explica que la exigencia de control de legalidad viene del Derecho romano hasta las Leyes notariales de Italia de 1913; Congo (Brazzaville) de 1989; Costa Rica de 1998; Cuba Ley 50/1984; Holanda de 1998; y Perú Ley 26002/1992.

(41) Una muestra: Res DGRN de 4/11/1971, Res 18/1/05 del Sistema Notarial. Las SAP de Alicante de 8/2/05 y 21/12/10 condenan a Notarios por defectuoso asesoramiento fiscal, y la SAN 5/6/12 por incumplimiento de la legislación antiblanqueo de capitales. STS 29/12/1927, de 3/7/65, de 24/10/00, de 9/3/12. STC 207 de noviembre de 1.999 y STJUE Gran Sala de 24/5/11.

cumplimiento para todos los Notarios, y si bien en algunos casos los particulares pueden renunciar a ellos, eso no tiene nada que ver con que el Notario no los ofrezca (como ocurre con los Notarios extranjeros) pues eso ya no sería renuncia voluntaria de derechos sino privación ilegítima de los mismos. Para el Notario no es optativo el contar con estos elementos técnicos, pues sin ellos no puede ejercer su profesión y su no uso, o su uso inadecuado, puede acarrearle todo tipo de responsabilidad: disciplinaria, civil y penal.

Son innumerables las normas que imponen la utilización de medios tecnológicos (42), y la jurisprudencia de la DGRN y el Supremo es constante en exigirla en el ejercicio de la actividad notarial no dudando en condenar a los incumplidores (43).

La segunda es que el control de legalidad no sólo es para los particulares sino también **para el Estado español** pues todo ello proviene de la doble consideración del Notario como profesional jurídico (*“profesión/es”* dicen los Arts 13, 43 y 46 LN), pero también como funcionario estatal (*“funcionario/s”* dicen los Arts 1 y 24 LN). Esto explica que el nivel de asesoramiento y control hasta cierto punto pueda ser variable y dispensado por los particulares, pero el control de legalidad para el Estado es absolutamente indisponible, ni por los particulares, ni por el Notario.

Por todo lo anterior, de manera automática y sin pedir ni tan siquiera la opinión a los particulares, desde el mismo momento de la firma de una Escritura, el Notario comienza a remitir (por vía directa o indirecta) informaciones sobre ella a: Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, Fiscalías, Hacienda del Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Órganos de Inversiones extranjeras, Ministerio de Defensa (Zonas de acceso restringido de extranjeros), Policía (*“Proyecto Vigía”*), Registro de Últimas Voluntades (Testamentos), Registro Civil (Tutelas, Autotutelas, Poderes Preventivos),

(42) Arts 17 Bis y 24 LN, y 175, 178, 177 y 224 RN; los incumplimientos son infracciones graves o muy graves (Art 43.Dos.2 Ley 14 de 29/12/00 y Arts 348,349 y 353 RN). Ley de 27/12/01 sobre documento público electrónico; Ley 18/11/05 y Art 249 RN remisión de copias electrónicas; Ley 19/12/03 de firma electrónica; RD 1643/2000 y Ley 29/11/06 de Índice informatizado notarial etc. etc. etc.

(43) STS 15/2/11 FD2.º, STS 20/9/11 FD 2º. La reciente STS 18/3/14 condena a un Notario por no advertir sobre la existencia de cargas por un fallo en el sistema de transmisión de datos desde el Registro.

Órganos de Sanidad (Voluntades anticipadas), Administraciones (Fundaciones), Catastro, Sociedades Rectoras de Bolsas (transmisión de acciones cotizadas), Servicio de Prevención de Blanqueo de Capitales (SEPBLAC) y Órgano Centralizado de Prevención (OCP) etc., etc., etc.

La tercera y última es que **de manera indelegable el asesoramiento y control ha de ser prestado personalmente por el Notario** autor del documento que necesariamente deberá poner a disposición de los particulares toda una serie de elementos de seguridad y servicios electrónicos a los que no se les puede obligar a renunciar. Esta actuación personal no puede ser sustituida por el asesoramiento de otros profesionales como Letrados, Registradores o Gestores, pues siempre será distinto, parcial, a petición de parte o todo ello a la vez. Si el asesoramiento no lo presta el Notario, el documento puede que esté asesorado externamente, pero incurre en nulidad radical e insubsanable por incumplimiento del art 1216 CC.

Requisito 4.º respecto de los efectos: que los tenga en origen equivalentes.

Existe una regla de oro (impuesta por una auténtica acumulación de normas internas españolas y supranacionales(44)) que disciplina la aceptación de efectos de documentos extranjeros y que se puede formular así:

“Un documento extranjero nunca puede tener más efectos que los que produce en su país de origen, ni más efectos que los documentos del país de recepción”.

La novedad en este punto es que la LJV consagra este requisito en la DA 3.^a con una claridad legislativa que nunca antes había tenido; lo dice así

(44) Considerando M de la ResPUE/08, Convenio Hispano-Francés de 28/5/69 (BOE 14/3/70), Convenio Hispano-Alemán de 14/11/83, Convenio de Bruselas de 27/9/68, Informe Jennard/Möller sobre Convenio de Lugano de 16/9/88, Directiva 2008/52/CE, y los Reglamentos Europeos 44/01 (BRUSELAS I), el 2201/03 (BRUSELAS II Bis), el 805/04, el 650/12, el 1215/12. También consta esta regla en el Art 15 del Convenio Consular de París/67 y en España los Arts 323.2 LEC, 27.2 Ley Mediación, 56.2 LECOJI, y las DF 25.7 y 26.8 LEC (modificadas por la DF 2.^a LECOJI).

"... y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen".

También la LECOJI explicita este requisito de manera terminante pues ya el Preámbulo VIII dice

"Por lo que respecta a los documentos públicos, la ley considera... que habrá de ser valorada su eficacia en el país de origen a fin de establecer que allí posee al menos el mismo efecto equivalente".

Se insiste en ello en el Art 56.2 LECOJI

"... al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas".

Se reitera en el Art 60 LECOJI que dice

"... surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen".

Finalmente esta exigencia se remacha en el Art 61.1 LECOJI

"... no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen...".

Que este requisito es importante resulta sin más de casos como el de Inglaterra, pues si allí sus documentos notariales ni tienen efecto traditorio, ni se inscriben, y sus testamentos sin "Probate" tampoco tienen el efecto de ser títulos sucesorios, mal pueden pretender esa eficacia en otros países.

Por otro lado dentro de este apartado se tiene que examinar especialmente si se cumple la "reciprocidad" que se exige de manera indismutable en nuestras leyes desde 1851, que está perfectamente vigente (45), y se aplica de manera ordinaria

(45) Se impone la reciprocidad en la Ley 49/2003 de Arrendamientos rústicos; Arts 199 y 230 de la Ley Concursal de 9/7/03; Ley de Educación de 3/5/03; Ley 8/2000 sobre extranjería; Art 177 Ley de Enjuiciamiento Criminal; Arts 277 y 278 LOPJ; Art 2 de la Ley 30/1995 de Ordenación del Seguro Privado, I LEC y hasta en la Ley de Hipoteca Mobiliaria en su Art 38...

para admitir o denegar el exequátur de Sentencias extranjeras (46).

La LECOJI recuerda que el campo propio de la reciprocidad es para países no miembros de la UE (hay 194 en la ONU), pero con todo pensamos que esta afirmación no puede ser tan rotunda, pues en el seno de la Unión hay países como Inglaterra, Irlanda y Dinamarca que sistemáticamente se niegan a firmar determinados Reglamentos UE que contienen reglas sobre documentos, y no parece de recibo que en esos países los documentos notariales extranjeros no sirvan para nada, mientras que pretendan invadir con los suyos a cualquier otro país de la Unión.

Requisito 5.º respecto del resultado: que no se infrinja el Orden Público.

Fuera de casos excepcionales, lo normal es que las legislaciones entre diferentes países sean distintas y se imponga el “doble control” para ver si lo que en el país de origen es admisible también lo es en el de recepción, en esto consisten los límites del Orden Público y el Fraude de Ley que existe en todos los países, y normas nacionales y supranacionales, y que establece con carácter general el Art 12.3 y 4 CC.

En definitiva el Orden Público español consistiría:

- Respecto del contrato: que esté amparado suficientemente por una ley.
- Respecto de la transmisión de la propiedad: que se cumpla el requisito adicional de la traditio tal y como lo regulan nuestras leyes.
- Respecto del documento: que cuente con un asesoramiento y control tecnológico de legalidad equivalente al de un Notario español.

(46) Así: STS 25/2/85, Autos TS de 16/10/61, 24/7/88, 13/11/01, 17/10/06, también en la Res 15/3/00, es utilizada continuamente por la AN para denegar la Orden Europea de Detención.

V. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS: LA DOCTRINA DE EQUIVALENCIA DE FUNCIONES (DEF)

Es llegado el momento de aplicar lo dicho hasta aquí para averiguar si es posible la recepción de documentos extranjeros desde la triple significación que pueden tener para el ordenamiento español.

Para ello se utiliza el método de comparación entre la actuación del Notario del país de origen en el cumplimiento de legislación y requisitos, y la obtención de resultados y efectos, que debería de ser equivalente a la que se hubiera hecho por el Notario del país de recepción. Este método de comparación, de –en definitiva– doble control jurídico (47), es conocido con nombre tan revelador como “Doctrina de Equivalencia de Funciones” (DEF) (48).

Pero antes de comenzar este análisis hay que descifrar una de las claves que más ha enturbiado la comprensión de las reglas por las que se gobierna la circulación internacional de los documen-

(47) La necesidad de este “doble control” es algo tan fuera de duda que está implícito en el concepto mismo del Orden Público y el Fraude de Ley. Además, explícitamente, se exige en los Arts 323.3 LEC, 4 LH, 36 RH, y 27 de la Ley española de mediación de 6/7/12, y todos los que exigen la “equivalencia de funciones”; muy en particular en el Art 15 del Convenio Europeo de Funciones Consulares de París 11/12/1967 ratificado por España en el BOE de 8/4/2011 (CCParís/67): “1. Los funcionarios consulares tendrán el derecho a extender o autorizar notarialmente o de la forma análoga que prevean las leyes y reglamentos del Estado que envía:...2. Los actos y contratos a que se refiere el párrafo anterior sólo podrán producir efectos jurídicos en el territorio del Estado que recibe en la medida en que las leyes y reglamentos de éste no se opongan a ello”. Se confirma en infinidad de Res y Sentencias: *vid.* Res 25/1/12 sobre certificado de matrimonio polígamo, STS Sala 3.^a 9/12/11 sobre Kafala Marroquí, y varios Autos del TS de 26/4/05, 20/6/05, 7/12/05 y 13/5/08.

(48) No siempre se llamó así pues era conocida tradicionalmente por los notarialistas españoles como “Doctrina de Equivalencia de Formas”. Sin embargo, se ha tenido que abandonar esa denominación pues la utilización del método por manos inexpertas (véase CROBECO) lo había reducido a una simple “equivalencia de formalidades”. Frente a lo anterior otros autores (como BLANCO MORALES –*op. cit.*– y Juan José ÁLVAREZ RUBIO –en la misma obra colectiva–) preferían la denominación de “Doctrina de Equivalencia de Funciones”, que finalmente es la que se ha impuesto en la moderna legislación española (Arts 97 LRC, 27 de la Ley de Mediación, DA 3.^a LJV y Art 60 LE-COJI).

tos notariales, que no es otra cosa que distinguir nítidamente entre dos categorías bien distintas de ellos dado que obedecen a normas, cumplen requisitos y tienen efectos dispares. Sin tener perfectamente asumida esta distinción el fracaso está garantizado pues es imposible someter a la misma disciplina lo que es diferente.

Así pues, nuestra exposición (aun a riesgo de ser reiterativos) separará los documentos que reúnan las cuatro condiciones de ser “y accesorios, y sencillos, y no tecnológicos, y no transmisivos” [que únicamente pretenden obtener los efectos básicos de todo documento notarial (49)], frente a los que son “o principales, o complejos, o tecnológicos, o transmisivos” (que intentan obtener alguno de los cinco efectos fuertes que tienen por sí las Escrituras españolas: prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral).

V.1. Respecto de documentos notariales “y accesorios, y sencillos, y no tecnológicos y no transmisivos”

Entrarían dentro de esta categoría algunos supuestos de Poderes, Testamentos Actas y Capitulaciones que cumplan estas cuatro condiciones que los hacen muy aptos para la circulación internacional, hasta el punto de que se pueden denominar “Documentos Notariales Universales.

En cuanto a poderes hablamos de supuestos sencillos, pues si se pretenden especificar mucho las facultades del apoderado pueden llegar a ser tan complejos como el negocio principal; y de personas físicas, pues las jurídicas requieren un juicio de legalidad respecto a la legislación extranjera de Sociedades, Fundaciones, etc. que no está al alcance del Notario foráneo; y además habría que excluir algunos poderes tecnológicos como los de representación fiscal que requieren tener algo que no tiene el Notario extranjero: conexión telemática con la AEAT para el envío de copia electrónica.

(49) Estos efectos básicos son los 9 siguientes: fecha fehaciente, firma legítima, probatorio extrajudicial, conservación (en Protocolos y Archivos), garantía (por la responsabilidad del Notario), intensidad en cuanto al negocio (recognoscitivo, declarativo o constitutivo), extensión (contra y a favor de terceros: oponibilidad y utilizabilidad), legitimación (para actuar el titular) y seguridad jurídica (para todos).

Con los testamentos pasa lo mismo, nos referimos a supuestos muy sencillos de designación de heredero (nada de constitución de hipotecas testamentarias, Fundaciones, trust, etc.).

Por otro lado la recepción de Actas para acreditar determinado hecho no parece que plantee particulares problemas con alguna excepción como el Acta de nacionalidad de sefarditas y la de titularidad real por blanqueo de capitales que requieren conexión telemática con Colegios Notariales y OCP; y por supuesto que la aceptación de Capitulaciones es sólo en supuestos sencillos en los que se limiten a la elección de un régimen legal preconfigurado sin entrar en la infinidad de pactos matrimoniales complejos que se pudieran dar.

V.1.1. En el contrato

Ya hemos explicado al tratar los requisitos, que tanto las normas de DI de origen interno (Arts 10.5 y 11 CC), como las de origen supranacional (ROMA I), ofrecen múltiples puntos de conexión que en la práctica vienen a garantizar que el contrato/negocio jurídico sea válido tanto desde un punto de vista sustantivo como formal.

V.1.2. En la transmisión de la propiedad

La transmisión de la propiedad no plantea problemas porque no existe en este tipo de documentos, pues incluso el testamento tiene la finalidad más amplia de servir de base para culminar el proceso sucesorio, y será en su caso la Escritura de partición (si existen bienes hereditarios) la que documente y concrete esa eventual transmisión.

V.1.3. En el documento

Afortunadamente, respecto de la categoría de documentos que tratamos en este apartado, sí que podemos decir que existe una norma de DI de origen supranacional, consuetudinaria, y hoy además jurisprudencial, que da cobertura a la circulación y aceptación de este tipo de documentos entre diferentes países.

Gracias a esta norma se pueden entender competentes los diferentes Notarios, se da por cumplida la reciprocidad, y los requisitos se pueden también entender equivalentes de un país a otro sin grandes problemas de orden público ya que el asesoramiento y

control tecnológico de legalidad española no es ni muy intenso ni muy extenso pues será el futuro contrato principal (compraventa, partición de herencia, etc.) el que lo requerirá en esas condiciones. Confirma la existencia de esta norma la práctica jurídica multiseccular, junto con la doctrina registral y la jurisprudencia, que si bien tradicionalmente no han admitido la inscripción en nuestros registros de documentos sobre inmuebles, sí que han admitido poderes extranjeros en las Res 11/6/99, 21/4/03, 4/7/05 y 29/5/06 y en las STS de 31/10/88 (de Alemania), 17/3/92 (de Italia) o la STS de 2/6/98 (UK), así como testamentos extranjeros como en las STS 15/11/97 (de USA) y la de 8/10/10 (mancomunado alemán).

Es más, también existe una norma de DI de origen interno español y de carácter jurisprudencial, que camina en la misma dirección que la consuetudinaria que acabamos de citar, pues, en efecto, la DGRN ha establecido un nivel de orden público para la aceptación aquí de este tipo de documentos que es bastante sencillo de alcanzar por los Notarios extranjeros; lo concretaron (en sendos casos de poderes) las Res 11/6/99(50) y 21/4/03: 1.º el Notario ha de ser funcionario; 2.º identificación de las partes; 3.º juicio de capacidad aunque sea implícito (lo confirman las STS 14/4/1896, 26/11/1901, 14/10/08 y 20/3/13); y 4.º prestación de consentimiento y firma.

V.2. Respecto de documentos notariales “o principales, o complejos, o tecnológicos, o transmisivos”

Dentro de esta categoría entrarían los contratos y negocios jurídicos principales (que en sí mismos también son complejos, muchos transmisivos, y además muy tecnológicos) a los que sirven los documentos de la categoría anterior: aceptación y partición de

(50) Res 11/6/99: “... que haya sido autorizado `por un Notario o empleado público competente´..., es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial... la necesidad de identificación suficiente del otorgante... la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante... la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento...”.

herencia, donaciones, compraventas, permutas, constituciones de sociedades, ampliaciones de capital, nombramiento de administradores, etc.

Habría que incluir también ciertos Poderes, Testamentos, Actas y Capitulaciones complejos que exijan un juicio de legalidad muy técnico, o cualquier documento (ya hemos mencionado poderes fiscales o actas de sefarditas y titularidad real) que requiera unos elementos tecnológicos y conexiones telemáticas no al alcance del Notario foráneo.

Por supuesto que los documentos que pueden ser parte de proceso de transmisión de propiedad o derecho real quedan comprendidos en esta categoría, pues además son por definición, principales, complejos y tecnológicos.

V.2.1. En el contrato

El contrato o negocio jurídico recogido en este tipo de documento sigue los patrones apuntados para los del grupo anterior y gracias a nuestro Cc y ROMA I su validez material y formal está prácticamente garantizada, con lo que damos por reproducidas aquí las reflexiones que sobre el particular se han hecho.

V.2.2. En la transmisión de la propiedad

Ya se ha explicado que como no hay posibilidad de elegir otra ley que la española, la transmisión de la propiedad se ha de producir por título y modo. El problema fundamental en esta materia es el relativo a la prueba extrajudicial de la traditio en su “dimensión documental”, cosa que está solucionada en nuestro país mediante el efecto traditorio que atribuye el Art 1462 CC a las Escrituras españolas, efecto que no tienen los documentos extranjeros... lo veremos en el próximo apartado...

V.2.3. En el documento

Por lo que hace a los efectos ligados a esta categoría de documentos, el panorama es desolador pues cada país tiene sus propias normas documentales y se puede constatar que existe una auténtica divergencia entre sistemas jurídicos y tecnológicos entre los dife-

rentes países, lo que como ya hemos dicho lleva a muchos de ellos a rechazar la inscripción de Escrituras extranjeras.

Todo ello se agrava porque, a diferencia de la otra categoría de documentos examinada, no existe aquí ninguna norma de DI interna o supranacional que con carácter general facilite su circulación.

La cuestión se remite entonces a la legislación española en la que los “cinco efectos fuertes” de nuestras Escrituras (prueba plena judicial, ejecutivo, prelativo, traditorio y registral) les son negados a las extranjeras, con lo que en esas condiciones el Notario extranjero no sería competente, no se cumpliría la reciprocidad, los requisitos y efectos de la actuación notarial extranjera no serían equivalentes a la española, y la recepción del documento infringiría nuestro orden público.

De todas maneras sí que podemos reseñar algún modesto avance respecto de alguno de los efectos apuntados que vamos a intentar explicar:

En cuanto a los efectos prueba plena judicial, ejecutivo y prelativo (entendiendo éste como una derivación del anterior), es cierto que la norma de DI española de nuestros Arts 323 y 523 LEC se los niegan a las Escrituras extranjeras, pero también es cierto que dejan a salvo lo que puedan establecer normas supranacionales.

Con esta perspectiva constatamos que, aparte de las reglas sobre Apostillas y legalizaciones, sí que existen algunas otras de DI supranacional sobre esta materia (51) que intentan dar cobertura al reconocimiento de estos efectos en otros países europeos; pero resulta que: a) no se ha establecido una regla general de equiparación ni entre legislaciones, ni entre Notarios, ni entre documentos notariales; b) sólo hay cierto acercamiento en “algunos” efectos de

(51) Convenio Hispano-Francés de 28/5/69 (Art 14.1.º); Convenio Hispano Alemán de 14/11/83; Convenio de Bruselas de 27/9/68 (Art 50); informe Jennard/Möller con el Convenio de Lugano (Art 50); Directiva 2008/52/CE (Art 6); RgtoE 44/01 BRUSELAS I (Art 57); RgtoE 2201/03 BRUSELAS II Bis (Art 46); RgtoE 805/04 sobre título Ejecutivo Europeo (Art 25); RgtoE 650/15 sobre Certificado Europeo Sucesorio (Arts 59.1 y 60.1); RgtoE 1393/07 sobre Actas; RgtoE 1215/15 (Art 58.1); sobre documentos notariales en general el CCParís/67.

los documentos: probatorios y ejecutivos (no traditorios ni registrales); c) sólo para el caso de que esos efectos ya se produjeran en el país de origen; d) sólo cuando la llegada del documento no suponga infracción del Orden Público del país de recepción; e) son muy pocos países los afectados, pues hay RgtsUE que no se aplican ni en Irlanda, ni UK ni Dinamarca (ni en general en ningún país que no reconozcan esos efectos en origen); f) además es muy poco bagaje si tenemos en cuenta que hay 194 países en la ONU... poco es, pero algo es algo...

En cuanto al efecto traditorio, podemos decir que ni siquiera existe alguna norma de DI entre algunos países de la UE que facilite mínimamente su realización desde el exterior, por lo que se regirá por las reglas generales vistas.

Así pues, inicialmente, habría que excluir todas las Escrituras de países que no sigan el sistema de título y modo, pues si en origen no tienen ese efecto aquí tampoco. Téngase en cuenta además, que como explica J. M. MIQUEL (52) la voluntad para la traditio podrá ser todo lo implícita que se quiera, pero esa voluntad tiene que existir, y por eso critica amargamente la STS 19/6/12 (y alaba el voto particular que contiene de los Magistrados Gimeno BAYÓN-COBOS y FERRÁN-DIZ GABRIEL), al considerar que a una escritura alemana no cabía aplicarle la traditio del Art 1462 CC pues de ella se deducía claramente que no se quiso transmitir la posesión, pues al no ser requisito que exista en Dº alemán, ni siquiera se pensó en ello.

Pero es que incluso en países en los que sus Escrituras tengan efecto traditorio tampoco lo van a poder producir en España por algo que hemos repetido continuamente sobre que los efectos de los documentos son una atribución de la ley sólo a aquellos que cumplen los requisitos establecidos en esa misma Ley, pues va de suyo que un documento nulo no los puede tener... y el problema es que el tipo de documentos que estamos tratando no cumple el orden público español, e incurrir en nulidad, y como este problema es el mismo que se plantea con el efecto registral lo trataremos conjuntamente a continuación.

(52) MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: *op. cit.*, p. 162 y 163.

En cuanto al efecto registral, hemos de decir que tampoco existe alguna norma de DI entre algunos Estados de la UE que facilite mínimamente su aceptación de un país a otro.

También aquí pasa lo mismo que con el efecto traditorio y habría que comenzar excluyendo todas las Escrituras de países en los que sus Escrituras no se inscriban en sus registros, pero es que incluso en países en los que se inscriban no les podemos reconocer aquí ese efecto por la nulidad en la que incurren.

Frente a lecturas interesadas, no nos cansaremos de insistir sobre que la legislación hipotecaria no hace otra cosa que cumplir el mandato del Art 608 CC, de suerte que el Art 4 LH lo único que dice es que los “actos y contratos extranjeros” del Art 2 LH (“títulos materiales”) se pueden inscribir, pero como la LH “no es una ley documental” no determina los requisitos que han de cumplir los “documentos” (“títulos formales”), ni de los españoles ni de los extranjeros.

Y el problema (hoy por hoy insoluble mientras no aparezcan nuevas normas de DI que digan otra cosa) es que en este tipo de documentos **el asesoramiento y control tecnológico de la legalidad española es muy intenso y muy extenso**, puesto que ya no se puede diferir a otro momento la aplicación de toda nuestra normativa civil, mercantil, societaria, fiscal, registral, control de pagos y cambios, inversiones extranjeras, restricciones por razones militares, leyes antiblanqueo, obtención de notas registrales, presentación telemática de copias electrónicas, liquidaciones de impuestos por ordenador, certificaciones y cambios de catastro, registro de últimas voluntades, registro de seguros, comunicaciones a las Administraciones estatales, autonómicas y locales, informaciones a la policía, fiscalías, Seplac y OCP, constitución telemática de SL, obtención de CIF, denominaciones sociales, con tarjetas encriptadas, FAX especial, conexiones telemáticas, etc. etc. etc.

El Notario extranjero no cabe que preste este asesoramiento y control, porque “ni sabe”, “ni puede” hasta por falta de elementos tecnológicos con los que hacerlo, y por mucho que el PAPEL pueda decir que “se presta el consentimiento informado” y que “quedan hechas reservas y advertencias legales”, en el “ACTO” del otorgamiento es imposible que se haya cumplido, con lo que se convierte en una pantomima, puro teatro. La situación es igual a la Escritura hecha por un Notario con insanidad mental: es nula de pleno derecho, y por tanto (con el matiz del Art 1223 Cc) no puede producir

efectos, ni traditorio, ni registral, ni ningún otro, y si por cualquier razón llegara a inscribirse, el documento seguiría siendo nulo de manera insubsanable (Art 33 LH).

VI. CONCLUSIONES: UNA MIRADA HACIA EL FUTURO

Conclusión primera: la necesidad de examinar en profundidad el documento extranjero a la búsqueda de su verdadera naturaleza.

Al igual que en otros ámbitos jurídicos (*vid.* Art 1281.2.º CC), en los documentos también se aplica el principio de la verdadera naturaleza jurídica y por eso se distingue entre el ACTO del otorgamiento y el PAPEL que lo documenta, con la intención de averiguar la realidad que se oculta detrás de la apariencia de un documento extranjero (53).

Pues bien aplicando “la verdadera naturaleza” a los documentos extranjeros nos encontramos que respecto de los “y accesorios, y sencillos, y no tecnológicos, y no transmisivos”, se ha llegado a admitir (Res 11/6/1999 y 21/4/03) un documento con una apariencia externa (PAPEL) muy extraña, como es un poder en documento privado con legitimación de firma compleja de Notario alemán, bajo el

(53) Aplicando este principio se descubre con sorpresa que son maestros consumados en la copia de la apariencia externa de las Escrituras españolas los Notarios ingleses, que a su nombramiento por un cura, unen el desparpajo de “fabricar” documentos (frecuentemente en español) que se permiten calificar como “Escrituras” y en los que van dando “fe” a troche y moche, haciendo reservas y advertencias que no existen (no tienen conexiones telemáticas con las autoridades españolas), todo lo cual es francamente curioso puesto que en su ámbito interno ni tienen Escrituras, ni pueden dar fe de nada. No menos curioso es que en esa labor de colocar en el mercado documentos que aparentan ser lo que no son, estén apoyados, promovidos y hasta jaleados por el sistema CROBECO ideado por las cúpulas registrales españolas que les facilita la copia de “fórmulas externas” con las que aparentar que cumplen la legislación hispana a costa de que no realicen un asesoramiento y control tecnológico de nuestras leyes; el sistema fue calificado (en idioma alemán que se entiende de sobras) por H. WILSCH (citado por BLANCO MORALES, *op. cit.* p 128) como **“Die Crobeco Katastrophe”**.

expediente de considerar que el ACTO del otorgamiento sí que cumplía los requisitos equivalentes a los que exige el Derecho español.

Por contra, son inadmisibles otros documentos notariales extranjeros “o principales, o complejos, o tecnológicos, o transmisivos” que se nos presentan bajo la apariencia de un PAPEL que cumple todas las “fórmulas externas” de las Escrituras españolas, pero que sin embargo en el ACTO del otorgamiento incurren en nulidad por no haber prestado el Notario autorizante un asesoramiento y control de nuestra legalidad hasta por falta de medios tecnológicos con los que hacerlo, y que nunca se pueden sustituir por el que eventualmente puedan prestar otros juristas (Arts 1.216 Cc, y 17.bis y 24 LN).

Conclusión segunda: las Escrituras extranjeras de buques nunca se han podido inscribir (54).

Yendo al fondo del documento nos encontramos con que la Escri-

(54) No ignoramos que la Res DGRN de 22/2/12 y la STS 19/6/12 admitieron la inscripción de documentos notariales extranjeros, pero aparte de cuestiones personales (la Res fue dictada por el único Director de la DGRN en tres siglos que lo ha hecho y la STS tiene dos votos particulares), pensamos que hay argumentos más que de sobras para no seguir su doctrina: A) Hay otras muchas Res que niegan la inscripción de documentos extranjeros, notariales (Res de 4/1/93, 15/3/00, 15/6/00, 7/2/05, 20/5/05 y 28/1/06), o judiciales, “hipoteca provisoria” de Juez francés (Res 12/5/92), “hipoteca asegurativa” de Juez alemán (23/2/04), o adjudicación de inmueble de Juez inglés en un divorcio (Res 27/7/12); también hay jurisprudencia contraria de igual o mayor rango que impide la inscripción como las STS 3/7/65, 24/10/00 y 5/6/00 (esta última rechazó una donación de inmueble español en documento danés de Capitulaciones a pesar de que estaba inscrito en un juzgado de Dinamarca), STC 207/99, STJCE de UNIBANK de 17/6/99 (no admitió la fuerza ejecutiva de un documento privado de crédito danés), y la STJUE Gran Sala de 24/5/11. B) Evidentemente no pudieron tener en cuenta la moderna legislación aparecida posteriormente como Rgto antiblanqueo, LNM, LJV, LECOJI, etc. C) Al tratarse de un recurso gubernativo sólo se tuvieron en cuenta los argumentos iniciales aportados por el registrador entre los que no se encontraban los aquí relatados, como tampoco nadie alegó el Art 97 LRC que ya existía y que hubiera impedido esas decisiones. D) Al tratarse de un recurso gubernativo no produce cosa juzgada y como la inscripción no convalida actos nulos (Art 33 LH y STS de 22/10/12) aún hoy se podría instar la nulidad del asiento que permitieron (Art 66 LH).

tura de venta (o de hipoteca) de un buque, es un documento “principal, complejo, tecnológico y transmisivo” que no sería ni aceptable ni inscribible en España por las razones generales expuestas.

Téngase en cuenta que la aplicación al RBM de la legislación general hipotecaria está basada en múltiples argumentos, el primero de todos ellos es que está organizada la Sección de Buques tomando como modelo el registro de la propiedad inmobiliaria (folio real de titularidades y gravámenes del Art 70 LNM, primera inscripción de dominio del Art 71.1, y los mismos principios registrales de titulación pública, legalidad, legitimación, fe pública registral e inoponibilidad de los Arts 73 a 77 LNM).

A lo anterior hay que sumar que las llamadas para la aplicación del Cc, la LH y el RH al RBM son múltiples: de manera indirecta por analogía, y por aplicación del CC (al que remiten los Arts 4.3 CC y 2 LNM), que a su vez remite a la Ley Hipotecaria en el Art 608 CC. Y de manera directa porque hay apelaciones inmediatas a la legislación hipotecaria como la que hacen los Arts 67 LNM con carácter general, el 76 LNM para la fe pública del Art 34 LH, o el 144 LNM respecto de la hipoteca.

Pero es que además, específicamente, la legislación sobre buques no permite la inscripción de las Escrituras extranjeras en el RBM. No lo permitió la legislación histórica (Arts 578 Ccom y 17 LHN), como tampoco lo permiten los Arts 73 y 118 de la vigente LNM (reconfirmados por la Ley núm. 9 de 25/5/15), que al imponer la obtención de notas registrales y la presentación telemática se refiere exclusivamente a los Notarios y Cónsules españoles que son los únicos que tienen las tarjetas encriptadas, fax especial y conexiones telemáticas para ello, y los únicos que pueden intervenir Pólizas.

Conclusión tercera: una mirada hacia el futuro

Los firmes partidarios de la circulación internacional de documentos notariales y de la creación del documento público europeo, sabemos cómo hacerlo: sólo hay que seguir el modelo de ROMA I respecto de los contratos y del RgtUE 650/15 respecto de la ley sucesoria, y llegar a una unificación de los sistemas de transmisión de la propiedad y documentales, con la inexcusable aproximación de la legislación fiscal, civil, mercantil, antiblanqueo, notarial, registral, etc.

Cuando eso se logre será cuando sí que se pueda afirmar que la actuación notarial en supuestos complejos es equivalente de un país a otro, pues todos estarán sujetos a normas uniformes por lo que el asesoramiento y control de legalidad será el mismo tanto si se presta a orillas del Rin, como a orillas del Tiber o del Ebro.

De momento pues, no cabe más solución que homologar las Escrituras extranjeras complejas mediante la intervención de Notario o Cónsul español (en su caso por el sistema "Eufides")... otra cosa sería, como dijo BRANCÓS NÚÑEZ, diseñar un coche sin frenos...

EL JURADO DE AUTOCONTROL COMO PARADIGMA DE REFERENCIA EN EL ÁMBITO PUBLICITARIO: RESOLUCIONES RESPECTO A TERCEROS NO ADHERIDOS

David López Jiménez

Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla
y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos

Resumen: En la actualidad, la publicidad y las comunicaciones comerciales de bienes y servicios pueden ostentar una importante repercusión social. De hecho, en la Red, por sus caracteres inherentes, puede aumentar más, si cabe, su eficacia. Ahora bien, en ciertas ocasiones, la publicidad y las comunicaciones comerciales electrónicas pueden vulnerar la normativa imperante, dando lugar a publicidad ilícita. Para, precisamente, hacer frente a la misma, se ideó el Jurado de Autocontrol de la Publicidad que resuelve las controversias que se plantean en este escenario. Normalmente, actúa frente a empresarios adheridos, si bien también puede pronunciarse frente a terceros ajenos que no son parte del sistema -Autocontrol- en el que el mismo se integra. En este último sentido, se suscitan conflictos relativos a si tales actuaciones son legítimas, al amparo del derecho constitucional a la libertad de expresión, o constituyen un acto de competencia desleal.

Palabras clave: competencia desleal; dictamen; ilícito; Internet; libertad de expresión; publicidad; promoción; resolución.

Abstract: Nowadays, advertising and commercial communications of goods and services have a significant social impact. In fact, it may increase more, if possible, its effectiveness on the Internet, because of its inherent characters. However, advertising and commercial electronic communications may violate the prevailing regulations sometimes, resulting in unlawful advertising. In order to face this, it was created the Jury of the Advertising Self-Control, which resolves disputes that arise in this scenario. Normally, it acts against employers who are adhered, and it may also decide against third parties that are not part of the Self-Control

System. In this latter sense, conflicts arise with respect to the consideration of such activities are legitimate, under the constitutional right to the freedom of expression, or if they constitute an act of unfair competition.

Keywords: unfair competition; opinion; illegal; Internet; freedom of expression; advertising; promotion; resolution.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELEVANCIA ACTUAL DE LA PROMOCIÓN VIRTUAL DE BIENES Y/O SERVICIOS
- III. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS LITIGIOS SUSCITADOS ENTRE PRESTADORES DE SERVICIOS Y CONSUMIDORES Y/USUARIOS A PROPÓSITO DE LA PUBLICIDAD EFECTUADA EN LA RED
 1. Relevancia del instrumento en cuestión como posible organismo de control
 2. Composición
 3. Estructura
 4. Necesidad de observar ciertos principios generales sobre el particular: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000
- IV. INICIATIVAS INTERNACIONALES DESTACABLES SOBRE LA MATERIA
- V. EL JURADO DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD
 1. Concepto y caracteres inherentes
 2. Distinción del asesoramiento previo: servicio frente a adheridos y terceros
 3. Particularidades concurrentes en el sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas
 4. Procedimiento imperante en el caso de reclamaciones nacionales
 - 4.1. Legitimación activa
 - 4.2. Legitimación pasiva
 - 4.2.1. Pronunciamiento frente a empresas adheridas
 - 4.2.2. Pronunciamiento frente a empresas no adheridas o terceros

- 4.2.2.1. Incidencia de la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2004
 - 4.2.2.2. Sugerente dilema en torno a la libertad de expresión y el acto de deslealtad en el que eventualmente puede incurrirse
 - 4.2.2.3. Supuestos planteados en el ámbito interactivo
 - 4.2.2.4. Distinción de otros supuestos
- 5. La vía judicial como alternativa frente a la desobediencia de la resolución del Jurado

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad representa un fenómeno característico de la sociedad actual que ha incrementado, de manera considerable, su actual trascendencia social y económica y presumiblemente así acontecerá en el futuro. Constituye una actividad que desempeña un papel muy relevante. Así, entre otros aspectos, estimula el crecimiento y la innovación, impulsa la competitividad, combate los abusos de posición dominante, y amplía las posibilidades de elección del consumidor. Para cumplir esta importante misión, la publicidad debe disfrutar de un alto nivel de confianza por parte de este último. A tal fin, es necesario que la misma sea veraz, legal, honesta y leal.

La mala publicidad –que no cumpla todos o alguno de los mencionados caracteres– aunque represente una porción minúscula, respecto al conjunto total, irá socavando la confianza del consumidor, y toda publicidad acabará, de una u otra manera, sufriendo las desfavorables consecuencias. Por ello, en beneficio de toda la sociedad, para que no acontezca este último extremo, es preciso que la publicidad en general esté regulada. Existen dos opciones, que no son excluyentes, sino complementarias, a saber: la regulación normativa –o heterorregulación– y la autorregulación –o disciplina de la propia industria–.

Entre los diversos canales de comunicación en los que la publicidad se difunde, existe uno que recientemente está desmarcándose frente a todos los demás. Nos referimos a Internet. En efecto, la

publicidad realizada en tal medio, por sus ventajas inherentes, está creciendo –y presumiblemente, pese a la crisis económica, lo continuará haciendo en el futuro- a un ritmo notablemente mayor que la transmitida en los demás soportes.

Si bien sería deseable, y también oportuno, un férreo control de toda la publicidad on-line, la realidad pone de manifiesto que, en la actualidad, no es posible. En todo caso, debe ser la propia Red la que, en virtud de la autorregulación, determine tanto un cierto incremento del nivel de responsabilidad de toda la industria como de la protección de los consumidores y/o usuarios. La finalidad de la autorregulación será tratar de cubrir la distancia entre el mínimo regulador del Derecho y el máximo ético y deontológico exigible en el ámbito de la publicidad on-line. Y, por supuesto, haciéndolo no mediante la coacción, sino a través del compromiso libre y voluntario de los implicados.

Al hilo de cuanto planteamos, debe advertirse que la ética constituye una irrenunciable exigencia para que se pueda realizar una publicidad honesta en la Red que, dicho sea de paso, sea respetuosa de la dignidad humana. Como veremos, la publicidad virtual no es, en modo alguno, una actividad neutra, dado que sus efectos, aunque conscientemente no lo pretendan, trascienden al individuo y a la comunidad a la que deben servir, bien de manera positiva o negativa, pero no de modo indiferente. Es esta potencialidad y trascendencia la que justifica la necesidad de insertarla en el mundo del Derecho y de la ética.

Las iniciativas en materia de autorregulación de la publicidad interactiva existen tanto a escala comunitaria como nacional. Respecto a las aprobadas en este último escenario territorial, hay una que despunta positivamente frente a todas las demás. Nos referimos al supuesto de Autocontrol que cuenta con diversos códigos de conducta. Existen dos mecanismos habilitados para verificar el cumplimiento de estos últimos. Por un lado, el control *a priori*, operado por el Gabinete Técnico de Autocontrol –denominado *copy advice* o asesoramiento previo– que evita que la campaña que se va a difundir en Internet quebrante las normas legales y éticas. Por otro lado, el control *a posteriori*, realizado una vez que la publicidad ha sido susceptible de vulnerar una o varias normas del código ético de que se trate. Esta última labor se realiza por el Jurado de Autocontrol de la Publicidad, previo intento de mediación por parte de Autocontrol.

Como veremos, este prestigioso organismo de control, de reconocida autoridad moral en la materia, resuelve, en el ámbito extrajudicial, los litigios planteados en materia de publicidad interactiva. Aunque normalmente se pronuncia frente a empresas que, voluntariamente, han manifestado su firme compromiso de observar las resoluciones dictadas por el mismo, también se manifiesta frente a terceros o empresas no adheridas. Este último aspecto puede suscitar ciertos problemas, pues podría plantearse la duda de si se efectúa al amparo del derecho constitucional a la libertad de expresión o representa un claro acto de competencia desleal.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RELEVANCIA ACTUAL DE LA PROMOCIÓN VIRTUAL DE BIENES Y/O SERVICIOS

La publicidad es un instrumento competitivo (1), de los más significativos de la sociedad contemporánea (2), que los operadores económicos utilizan en el tráfico para promover la contratación sobre los bienes y/o servicios que ofertan en el mercado (3). Es un cla-

(1) ROMERO GIMÉNEZ, M. (1995) "Publicidad engañosa". En *Propiedad Industrial y Competencia Desleal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 163 y ss.

(2) ALPA, G. (1986) *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bolonia, p. 123; SUÁREZ VILLEGAS, J. C. y PÉREZ CHICA, M. A. (2002) *La publicidad al desnudo*, Editorial Mad, Sevilla, p. 9.

(3) FERNÁNDEZ NOVOA, C. (1968) "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, p. 14; TALLÓN GARCÍA, J. (1972) *Curso de Derecho publicitario*, Insade, Valladolid, p. 39; OTERO LASTRES, J. M. (1977) "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 4, p. 114; DE LA CUESTA RUTE, J. M. (1985) *Lecciones de Derecho de la Publicidad*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 32 y ss.; FERNÁNDEZ NOVOA, C. (1989) "La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias. Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad". En *Estudios de Derecho de la Publicidad (Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández Novoa)*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, p. 58; SANTAELLA LÓPEZ, M. (1989) *El nuevo Derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, pp. 49 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P. (1995) *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, p. 536; ARMSTRONG, S. (2002) *La publicidad en Internet. Cómo*

ro ejemplo de información asimétrica (4). También ha de repararse en que la publicidad no sólo expone los caracteres de los productos y/o servicios, sino que va más allá. En efecto, se configura como un medio que transmite, inculca y exalta determinados valores y pautas de conducta estimados como la base común de la conciencia colectiva (5).

Tal actividad no solo es información (6) –ni siquiera hoy tiene el máximo protagonismo–, sino que prima la persuasión (7). A través

se transmite su mensaje a través de la World Wide Web, Ediciones Deusto, Bilbao, p. 136; CARVAJAL, F. y BARTHE, E. (2002) "Estrategia empresarial en Internet: Modelos de Negocio". En *Internet. Claves legales para la empresa*, Civitas y Accenture, Madrid, pp. 41-42; FARRÉ LÓPEZ, P. (2003) "El derecho de rectificación en el ámbito de la publicidad comercial". En *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Universidad de Cantabria, Santander, p. 837; PARDO LÓPEZ, M. M. (2009) "Artículo 3". En LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (Co-ord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Thomson Reuters y Civitas, Navarra, p. 65.

(4) La exigencia de que la información sea veraz permite reprimir las expresiones publicitarias que incluyen alegaciones falsas, suponiendo, de este modo, un abuso de la asimetría en la información entre anunciante y receptor del mensaje comercial. Sobre este particular, MORALES MORENO, A. M. (1988) "Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGCU)". En *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, p. 680.

(5) TATO PLAZA, A. (1994) "La explotación publicitaria de los sentimientos y el derecho de la competencia desleal: el caso "Benetton", *Derecho de los Negocios*, núm. 44, pp. 13-17.

(6) La parcela informativa de la publicidad, aunque sea mínima, debe reconocerse. En este sentido, entre otros, MUNNE MATAMALA, F. (1969) "Hacia una publicidad social: análisis de los elementos informativo y persuasivo como integrantes de la acción publicitaria", *Publitecnia*, núm. 14, pp. 43-54; ACOSTA ESTEVEZ, J. B. (1990) *Perfiles de la Ley General de Publicidad*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona; PINO ABAD, M. (1991) *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid; CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (1994) *Derecho de la información (II). Los mensajes informativos*, Colex, Madrid.

(7) GHIDINI, G. (1968) *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milán, p. 17; OTERO LASTRES, J. M. (1977) "La protección de...", cit., pp. 114 y 115; DE LA CUESTA RUTE, J. M. y DE LA OLIVA SANTOS, A. (1981) "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita", *La Ley*, núm. 4, pp. 893-917; FONT GALÁN, J. I. (1990) "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

de esta última, el fenómeno publicitario presenta connotaciones de agresividad, dado que, en la actualidad, la competencia económica de los empresarios se realiza a través de la publicidad (8). La finalidad persuasiva, propia del denominado modo publicitario, como modalidad formal típica de los mensajes publicitarios, menoscaba la objetividad que es característica de la información, aunque el predominio de una u otra dimensión dependen de la expresión publicitaria concreta. En esta línea, cierto sector de la doctrina apunta que, frente a los mensajes puramente informativos, la comunicación publicitaria actual va unida a una intensa actividad creativa (9).

Usuarios". En *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, pp. 99 y 100; MUÑOZ MACHADO, S. (1994) "Advertising in the Spanish Constitution". En SKOURIS, W. (Ed.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe: A study in comparative constitutional law* (Gebundene Ausgabe), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden; QUALTER, T.H. (1994) *Publicidad y democracia en la sociedad de masas*, Paidós Ibérica, Barcelona; GARCÍA GUERRERO, J. L. (1996) "Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, septiembre-diciembre, pp. 117-146; PEINADO GRACIA, J. I. (1998) "Comparación y denigración publicitarias de la imagen de empresas indirectamente aludidas (reflexiones con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 230, p. 1612; DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M. (1999) "La alegación publicitaria redactada en términos superlativos. La exageración publicitaria", *Estudios sobre Consumo*, núm. 48, pp. 117-129; HAAN, S. C. (2000) "The persuasion route of the Law: advertising and legal persuasion", *Columbia Law Review*, Vol. 100, núm. 5, pp. 1281-1326; BERNARD MONFERRER, M. E. (2002) "La evolución de la figura de la publicidad denigratoria según la doctrina emanada de las resoluciones del Jurado de la Publicidad", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 68; MARTÍN GARCÍA, M. L. (2002) *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid; STAZI, A. (2004) *La pubblicità commerciale on line*, Giuffrè Editore, Milano; ALONSO ESPINOSA, F. J. (2009) "Artículo 2". En LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (Coord.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Thomson Reuters y Civitas, Navarra, pp. 27 y 28.

(8) BEATER, A. (2000) "Zum Verhältnis von europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht (Überlegungen am beispiel des schutzes vor irreführender werbung und des verbraucherbegriffs)", *GRUR Int.*, pp. 965 y 966; SPANG, K. (2005) *Persuasión. Fundamentos de retórica*, Eunsa, Pamplona, pp. 167 y 168.

(9) BASSAT, L. (2003) *El libro rojo de la publicidad*, Planeta, Barcelona, p. 50.

Ahora bien, frente al modelo de publicidad centrado en informar y persuadir a los destinatarios, sobre la primacía de los bienes y/o servicios del anunciante frente a los de otros, en la actualidad, adquiere enorme importancia las estrategias publicitarias en la Red que, precisamente, buscan que los potenciales consumidores y/o usuarios –o, en términos generales, los comúnmente denominados internautas– tengan la impresión de que la empresa anunciante tiene un proyecto de futuro y, a su vez, es dinámica. Para alcanzar tal extremo en Internet, se recurre, en gran medida, a anuncios caracterizados por su originalidad (10).

La publicidad en Internet, a pesar de la profunda crisis económica imperante, está protagonizando un crecimiento muy significativo. Asimismo, Internet es uno de los medios más consumidos en la actualidad –lo que, naturalmente, es extensible a la publicidad–. El desarrollo de este último, como nuevo medio de difusión masiva de contenidos, se erige como una realidad incontestable, con todos los visos de seguir experimentando un incremento exponencial en los próximos años. La multiplicidad de formatos publicitarios que, en la actualidad, existen en Internet es, si cabe, una ventaja añadida. De hecho, los mismos han sido concebidos pensando tanto en el canal en el que actúan como en el usuario al que se dirigen.

Una de las manifestaciones más significativas que las Tecnologías de la Información y de la Comunicación han supuesto, a nivel empresarial, se observa en la publicidad virtual. Para que esta última sea más eficaz y eficiente, se han puesto en práctica novedosas técnicas (caracterizadas básicamente por su bajo coste, rapidez y capacidad de llegar a un alto número de usuarios) que tienen como finalidad captar la atención integral de los receptores. Puede, a tal efecto, afirmarse, siguiendo a cierto sector de la doctrina (11), que

(10) HALL, M. (1997) "Four models on how advertising works", *Commercial Communications. The Journal of Advertising and Marketing Policy and Practice in the European Community*, núm. 9, p. 13.

(11) AZLOR VILLA, A. (2001) "La estrategia en el e-business", *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. 56, núm. 173, pp. 251-270; GARCÍA UCEDA, M. (2001) *Las claves de la publicidad*, 6.ª ed., Esic, Madrid; LÓPEZ LITA, R. (2004) *La publicidad local*, Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón de la Plana; CHECA GODOY, A. (2007) *Historia de la publicidad*, NetBiblo, La Coruña.

el sistema de promoción tradicional ha perdido valor en beneficio del virtual.

Toda empresa que, en la actualidad, pretenda perdurar en el mercado competitivo global debe incorporar las nuevas tecnologías en su actividad cotidiana, para estar permanentemente adecuada a las tendencias de venta, a través de los nuevos medios tecnológicos, y poder diseñar estrategias de marketing electrónico. La necesidad de las empresas de mantener los clientes y de estrechar relaciones con los mismos –marketing relacional (12)– determina que aquellas busquen formas de llegar directamente al consumidor individual, personalizando la oferta, constituyendo, de esta manera, novedosos tipos de venta que permiten que las empresas establezcan relaciones continuadas y directas con el mismo, esté donde esté (13).

En línea con cuanto venimos poniendo de manifiesto, cabe indicar que uno de los aspectos más interesantes que los contratos celebrados con consumidores presentan es, precisamente, el relativo a su período precontractual, es decir, todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes, antes de que otorgue el consentimiento, para la perfección del contrato. En este instante, es relativamente habitual que el consumidor y/o usuario tenga conocimiento de las características esenciales del bien y/o servicio que pueden interesarle, del que, dicho sea de paso, puede estar informado en virtud de la publicidad recibida (14) –tanto a través de canales tradicionales como virtuales–.

(12) El marketing relacional (que constituye una interacción entre el marketing tradicional y las relaciones públicas) se fundamenta en lograr la fidelización del cliente. Todo ello en virtud del conocimiento de la persona, tratando a cada cliente como único, pretendiendo, en cualquier caso, que esté se perciba, en el plano práctico, como tal. Tal extremo determina que las empresas se vean obligadas a obtener la mayor cantidad posible de información de carácter personal.

(13) SAN MARTÍN GUTIÉRREZ, S. y LÓPEZ CATALÁN, B. (2010) "Posibilidades de la compraventa B2C por teléfono móvil en comparación con Internet", *Cuadernos de Gestión*, Vol. 10, núm. 1, p. 18.

(14) Sobre este particular, sugerimos la lectura de GUILLÉN CATALÁN, R. (2010) *El régimen jurídico de la oferta contractual dirigida a consumidores*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

A finales del siglo xx, algunos autores (15) determinaron que la publicidad en Internet, cuyo origen se sitúa a principios de los años noventa (16), constituía una transformación radical del paradigma de marketing, que evolucionó desde un modelo predominantemente unidimensional a otro totalmente interactivo, con relaciones uno a uno personalizadas, que progresivamente está alcanzando más protagonismo (17).

III. RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS LITIGIOS SUSCITADOS ENTRE PRESTADORES DE SERVICIOS Y CONSUMIDORES Y/USUARIOS A PROPÓSITO DE LA PUBLICIDAD EFECTUADA EN LA RED

Como consecuencia de la publicidad difundida en la Red, pueden plantearse ciertos conflictos entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los eventuales consumidores y usuarios destinatarios de la misma. Estos últimos pueden solventarse en virtud de la vía judicial o a través de los mecanismos extrajudiciales de resolución establecidos al efecto.

1. Relevancia del instrumento en cuestión como posible organismo de control

Desde los albores de la humanidad, los conflictos (18) entre los

(15) PEPPERS, D. y ROGERS, M. (1999) *The One to One Manager*, Doubleday, New York.

(16) KAYE, B. K. y MEDOFF, N. (2001) *Just A Click Away: Advertising on the Internet*, Allyn and Bacon, Massachusetts.

(17) PERLADO LAMO DE ESPINOSA, M. (2006) *Planificación de medios de comunicación de masas*, Mc Graw Hill, Madrid; LÓPEZ DE AGUILETA, C. y TORRES ROMAY, E. (2007) "Medios y soportes alternativos para una publicidad convencional: publicidad "off the line", *Pensar la Publicidad*, Vol. 1, núm. 2, pp. 117-130.

(18) El conflicto acontece debido al enfrentamiento, al querer conseguir las partes metas opuestas, defender valores contradictorios, tener intereses divergentes o, en suma, perseguir competitivamente la misma meta. Se trata de un aspecto que está presente en la génesis de todo acuerdo de voluntades. Cuando el acuerdo es total y equilibrado, existiendo, por tanto, plena voluntad de cumplir, el conflicto está todavía lejos, pero puede

hombres y las mujeres que la configuran, de una u otra manera, han estado siempre presentes. El Derecho, como es en cierto sentido conocido, tiene como finalidad la superación de estas disputas (19), proporcionando, a tal respecto, a los sujetos que se ven inmersos en ellos, medios adecuados de resolución (20). En este sentido, como bien determina cierto sector de la doctrina (21), la Ciencia del Derecho es una Ciencia de resolver litigios. Estos últimos son el fenómeno jurídico patológico y el Derecho es la Ciencia o el arte de curar litigios.

En los últimos tiempos, la resolución de los conflictos intersubjetivos parecía estar primordialmente reservada a los órganos jurisdiccionales del Estado. Sin embargo, cada vez en mayor medida, el propio Estado reconoce cauces alternativos a los jurisdiccionales (22) que deberían interpretarse como medios de superación de controversias fundamentados en la libertad de la persona, y, por tanto, en la posibilidad de que sea ella misma quien escoja, entre las diversas opciones disponibles, la manera de satisfacer sus propios intereses y necesidades. En cualquier caso, debemos incidir en la coexistencia pacífica y no enfrentada de ambos instrumentos. En otros términos, los cauces por los que discurren los *Alternative Dispute*

suscitarse en cuanto haya un cambio de circunstancias que haga muy gravoso el cumplimiento. Cuando el acuerdo no es total y, en cierta medida, ha sido forzado en determinados aspectos o adolezca de falta de equilibrio en las prestaciones, la parte afectada aprovechará cualquier buena oportunidad para incumplir. Si el contrato es marcadamente desigual, nace con vida precaria. A las primeras de cambio, la parte más perjudicada incumplirá.

(19) LUNA SERRANO, A. (2001) "La función del Derecho y el ordenamiento jurídico". En *El Derecho en la Facultad. Cuarenta años de la nueva Facultad de Derecho de Barcelona*, Marcial Pons y Universidad de Barcelona, Madrid-Barcelona, p. 214.

(20) VIOLA DEMESTRE, I. (2003) *El contrato de transacción en el código civil*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, p. 13.

(21) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1957) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, p. 78.

(22) Junto a la jurisdicción, se ofrecen otros sistemas que permiten, en determinadas condiciones, acceder a una satisfacción más rápida y efectiva de los derechos subjetivos vulnerados. Precisamente por esto, por su intento de evitar la jurisdicción, se denominan alternativos. En efecto, ofrecen una alternativa a la solución del conflicto de forma judicial.

Resolution –ADR– y Online Dispute Resolution –ODR– no pueden, ni deben, plantearse como una fórmula contra o frente a los Tribunales de Justicia. La colaboración de los Tribunales es fundamental en aras a esa tutela pretendida. Al hilo de cuanto comentamos, debe manifestarse que la configuración desde o en la Administración podría ser un elemento nuclear para que el sistema extrajudicial funcione.

Respecto al fundamento jurídico de la admisibilidad de los métodos de resolución extrajudicial de conflictos, debe reseñarse que el antiguo art. 280 de la Constitución de Cádiz determinaba que “ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho a terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento”. Los tiempos naturalmente han evolucionado y, con ello, también el Derecho. Hoy, nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la Constitución Española, garantiza la libertad de los ciudadanos –art. 1.1 de la CE– y la efectiva tutela de sus derechos. Aunque el art. 117.3 de la CE sienta las bases de la jurisdicción como potestad del Estado que se ejercita por los juzgados y tribunales. La misma consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado en régimen de monopolio, si bien nada impide que, respecto del hecho de juzgar, los sujetos no puedan resolver por ellos mismos sus propios conflictos o encargar la resolución a un tercero sobre materias de libre disposición para las partes.

Como consecuencia de la publicidad interactiva, al igual que en el caso de la promoción que tiene lugar en el mundo físico, pueden suscitarse –y, de hecho, en la práctica se producen con cierta frecuencia– numerosas controversias entre los consumidores o usuarios y los empresarios (23). Tales diferencias podrían solventarse acudiendo a diversas vías de resolución, entre las cuales destacan la judicial (24) y la extrajudicial, en cuyo seno se encuentra el procedi-

(23) KATSH, E. y RIFKIN, J. (2001) *Online dispute resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey Bass, San Francisco, p. 25; KAUFMANN-KOHLER, G. y SCHULTZ, T. (2004) *ODR: Challenges for contemporary justice*, Kluwer Law International, Holanda, p. 31.

(24) QUINTANA CARLO, I. (1997) “El acceso de los consumidores a la justicia como problema (art. 31 LGDCU)”. En QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (Dirs.), *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, Pamplona, p. 21, quien califica el acceso de los GONZÁLEZ GRANDA, P. (2007) “Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios del comercio electrónico”, *Diario La Ley*, núm. 3,

miento establecido por el Jurado de la Publicidad. Este último, como veremos, desarrolla una extraordinaria labor más allá del ámbito físico o tradicional, pues también resuelve conflictos planteados a propósito de la publicidad difundida en la Red.

Consideramos que la mejor fórmula para evitar un conflicto pasa por la prevención. Aunque pueda parecer que nos encontramos ante una cuestión menor y, en cierta medida, de carácter superfluo, no lo es.

Para ello, entendemos que es ciertamente útil que los prestadores de servicios de la sociedad de la información respeten, en sus prácticas promocionales efectuadas en la Red, no sólo la legalidad imperante, sino, de forma complementaria, ciertos criterios de calidad –que serán exigibles en el contrato que, en su caso, se celebre– que mejoren, de manera más o menos relevante, la normativa legal.

En definitiva, aunque todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información que operan en Internet están obligados a cumplir la legislación, sorprendentemente, no todos lo hacen (25). Es, en este sentido, relativamente frecuente que, en el escenario que planteamos, se susciten disputas entre los consumidores y/o usuarios y el empresario. Para evitar las situaciones que comentamos –con una evidente merma de los derechos del contratante débil–,

pp. 1821-1844; DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2008) "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre Consumo*, núm. 85, pp. 23-44.

(25) Los estudios empíricos realizados, en materia de cumplimiento de la legalidad por parte de las empresas que operan en Internet, ponen de relieve una importante violación de la normativa legal vigente tanto en el ámbito del comercio electrónico como de la protección de datos de carácter personal. LUNA HUERTAS, P., MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J. y MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J. (2005) "Una metodología *ad hoc* para evaluar las prácticas de comercio electrónico en los mercados de consumo B2C". En GUTIÉRREZ ARRANZ, A. M. y SÁNCHEZ-FRANCO, M. J. (Coords.), *Marketing en Internet. Estrategia y empresa*, Pirámide, Madrid, pp. 39-139; SOTO ACOSTA, P. y MEROÑO CERDÁN, A. (2006) "¿Se cumple la legislación sobre Sociedad de la Información?: Situación de las empresas murcianas", *Universia Business Review*, núm. 9, pp. 88-97; MARTÍNEZ CARBALLO, M., DEL RÍO RAMA, M. C., GUILLÉN SOLÓRZANO, E. y BARBEITO ROIBAL, S. (2007) "El cumplimiento de la Ley de Protección de Datos en Galicia", *Revista Galega de Economía*, Vol. 16, núm. 2, pp. 1-15.

el legislador comunitario (26) y nacional (27) persigue fomentar la adhesión de los empresarios a instrumentos de autorregulación en materia publicitaria. Tales herramientas exigen a los empresarios que voluntariamente se adhieran, además del cumplimiento íntegro de la legislación imperante, un plus adicional especialmente favorable para el potencial consumidor y/o usuario –que no debe olvidarse que va más allá de lo que, con carácter mínimo, establece el legislador– que infunde una sensación de confianza (28).

Resulta especialmente favorable para el consumidor que la verificación del cumplimiento de tales reglas –legales y contractuales– se realice por parte de un tercero imparcial como es el caso de los organismos de control de los sistemas de autorregulación en materia de publicidad, que no es sino el propio mecanismo extrajudicial establecido en el código de conducta (29). Ambos elementos constituyen los presupuestos constituyentes de todo sistema de autorregulación.

(26) Entre otras muchas, la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CEE, de 6 de octubre de 1997; Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior, que prevé mecanismos adecuados para promover la autorregulación.

(27) En el ámbito español, a título de ejemplo, cabe, entre otras, referirse a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico; y Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

(28) En este sentido, el Informe de evaluación comparativa de la acción e-Europe, de 5 de febrero de 2002.

(29) Ahora bien, no deben, en modo alguno, confundirse los reguladores con los regulados. En efecto, los prestadores de servicios de la sociedad de la información que se integran en un determinado sistema de autorregulación, como la práctica pone de manifiesto, pueden cometer infracciones. En otras palabras, el hecho de que una determinada empresa se haya adherido a un código de conducta no garantiza que no cometa una infracción. Naturalmente, cuando se supera un proceso de certificación, necesario para la adhesión, se está poniendo de manifiesto que se tiene una firme preocupación por esta sugerente materia. En otras palabras, podríamos decir que existe una suerte de predisposición para cumplir la normativa.

Los códigos de conducta en materia de publicidad interactiva son documentos, que incluyen un conjunto de reglas de buena práctica profesional que exceden, en cuanto a sus exigencias, de la normativa legal vigente (30), aprobados en beneficio de la propia industria publicitaria y de los derechos e intereses del consumidor y/o usuario. En este sentido, se refieren, entre otras muchas cuestiones, a los principios generales de la publicidad, el deber de identificación publicitaria y del anunciante, la obligación de respetar la normativa en múltiples ámbitos, información sobre varios extremos –relativas al acceso a determinados servicios y a la contratación de bienes y/o servicios en promoción–, el respeto integral de la privacidad del potencial destinatario, previsiones especiales a tener en cuenta en ciertos supuestos –publicidad difundida en algunos medios (como foros, canales de noticias y *chats*) para evitar la publicidad encubierta, que vulnera el principio de autenticidad, y patrocinio publicitario–, y medidas tuitivas que han de observarse para proteger al público menor de edad. Una de las cuestiones sobre las que, con buen criterio, inciden es la necesidad de fomentar la educación y formación

(30) Los códigos de conducta suponen la imposición de un nivel de tutela de los terceros superior del previsto en la normativa legal imperante. Tal planteamiento se deduce, además de la definición de código de conducta prevista en el art. 2.f) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales, del art. 37.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal –LCD–, después de la modificación operada en 2009, que dispone que “las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores”.

del consumidor y/o usuario (31) en las materias que regulan (32). En efecto, de manera habitual, por poner un ejemplo, los usuarios no suelen ser conscientes de los eventuales problemas vinculados al uso de sus datos personales, ni de las herramientas a su disposición para remediar a estos problemas. Como acertadamente disponen los códigos de conducta, resulta pertinente lanzar campañas informativas (33) sobre los derechos de los consumidores, en el ámbito de la publicidad, en concreto por lo que respecta al empleo dado a los datos personales, bien se hayan facilitado voluntariamente bien recogido de manera automática. Resulta patente el déficit de información que existe, por parte de los consumidores, en el ámbito de la publicidad interactiva, que debería verse, en cierta medida, complementado con los deberes impuestos a los prestadores de servicios para aumentar la transparencia de algunas prácticas.

En cuanto a las posibles ventajas de la adhesión a un documento de buenas prácticas en el ámbito publicitario virtual –que generalmente ha tomado la forma de código de conducta– destacan, entre otras, las siguientes: incentivar el desarrollo de estándares que garantizan altos niveles de corrección en la publicidad; celeridad, en

(31) El derecho a la educación y formación en materia de consumo figura en el Informe de la OCDE de 1972 sobre la política de protección a los consumidores en los Estados miembros, así como en la Carta de Protección del consumidor elaborada por el Consejo de Europa en 1973, y en el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección y de información del consumidor de 1975. Tales documentos fueron, de una u otra manera, los antecedentes del art. 51 de la CE y, posteriormente, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 que, entre los derechos básicos del consumidor, mencionaba el de educación en materia de consumo. La finalidad esencial de la educación y formación del consumidor debe ser capacitar a los mismos para que adquieran una conciencia propia ante el fenómeno del consumo, su significado social, y su relevancia en otros ámbitos. También ostentará cierta incidencia en el momento de la adquisición del producto o la utilización del servicio.

(32) La sugerente labor de los códigos de conducta, en este aspecto, fue reseñada por ALPA, G. (2006) *Introduzione al diritto del consumatori*, Laterza, Roma, pp. 28 y ss.

(33) La información en el ámbito del consumo debe ser eminentemente formativa. De hecho, en el ámbito en el que nos movemos, ha de tomarse conciencia de que un consumidor informado que conozca sus derechos y pueda reconocer posibles infracciones tendrá más oportunidades de aprovechar las ventajas que les ofrece Internet.

comparación con el itinerario que, para la aprobación de normas, debe seguir el legislador; adaptación al entorno mediático y cultural en que debe operar –lo que resulta especialmente relevante en Internet–; elasticidad para adaptarse a los cambios acontecidos en la opinión pública y en la tecnología y metodología publicitaria (34); fijar procedimientos flexibles resueltos por expertos publicitarios; prevenir infracciones, especialmente si disponen de mecanismos de valoración de la publicidad antes de su difusión (habitualmente denominado *copy advice*); reducir el tiempo y los costes inherentes al desarrollo de procedimientos extrajudiciales derivados de la comisión de infracciones publicitarias; e imposición de sanciones mediante la oportuna publicación de resoluciones y la retirada de los anuncios. Respecto de los consumidores, los sistemas de autodisciplina publicitaria normalmente facilitan el acceso a ciertos órganos de resolución de controversias fundamentados en un sistema de reclamación, sencillo y gratuito, que permite actuar frente a la publicidad que menoscabe sus derechos (35). Asimismo, no debe olvidarse el importante valor educativo e informativo que, como hemos adelantado, la autorregulación desempeña (36).

Por lo que se refiere a la adhesión a un determinado sistema de autorregulación en materia publicitaria, debe colegirse que el organismo de control representa una ventaja competitiva de determinadas empresas que, en cierta medida, genera más confianza para el potencial consumidor y/o usuario (37). En efecto, el mismo debe

(34) AGUILAR RUIZ, L. (2011) "Mecanismos autorreguladores del mercado y defensa de consumidores", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 130, p. 20.

(35) Debe tenerse en consideración que los mecanismos de control establecidos por los sistemas de autodisciplina normalmente se limitan a la publicidad difundida a nivel nacional, siendo su eficacia menor para la de carácter transfronterizo. Ahora bien, en ocasiones –como tendremos ocasión de vislumbrar–, existe, a tal fin, cierta cooperación entre los sistemas nacionales. En este sentido, REICH, N. (1992) "Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt", *RabelsZ*, Vol. 56, pp.488-490.

(36) GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (1980) "Sistemas de autorregulación publicitaria". En *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Madrid, p. 186; DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2005) *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Iustel, Madrid, p. 96.

(37) PONTE, L. M. (2002) "Boosting Consumer Confidence in E-Busi-

ser consciente de que, en caso de plantearse un eventual conflicto, podrá acudir al mecanismo extrajudicial, independiente e imparcial, al que voluntariamente se haya adherido la empresa (38). Para que el articulado de los códigos de conducta no sea, dicho en términos coloquiales, “papel mojado”, es fundamental que la verificación de su cumplimiento esté en manos de un organismo de control que, de manera ejemplar, garantice su observancia, imponiendo, en su caso, las sanciones que procedan cuando el mismo sea quebrantado (39). En el supuesto contrario, como manifiestan ciertos autores (40), estaríamos ante simples declaraciones de intenciones o meros instrumentos de propaganda sin eficacia alguna.

Aunque los términos “autorregulación” –relacionado, en gran medida, con voluntariedad y autonomía privada– y “sanción” –asociado, *a priori*, a lo público, por su marcado carácter coercitivo– podrían, en apariencia, parecer difícilmente conciliables, no lo son. En

ness: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions”, *Albany Law Journal of Science and Technology*, núm. 12, pp. 441-464; LAFUENTE SÁNCHEZ, R. (2005) *Los servicios financieros bancarios electrónicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 348.

(38) Sin perjuicio del fomento efectuado, por parte de la doctrina, de tales instrumentos, debemos advertir que la propia Ley Modelo, en su artículo 39, incentiva los medios de resolución extrajudicial de conflictos, en concreto el arbitraje, y en su párrafo segundo, reconoce la posibilidad de que éstos se acometan por medios virtuales.

(39) POULLET, Y. (2000) “Les diverses techniques de réglementation d’Internet: l’autorégulation et le rôle du droit étatique”, *Revue Ubiquité*, núm. 5, pp. 55-68; BERLEUR, J. (2002) “Enjeux à débattre”. En BERLEUR, J. LÁZARO, C. y QUECK, R. (Dirs.), *Gouvernance de la société de l’information*, Éditions Bruylant, p. 12; BENAVIDES VELASCO, P. (2009) “Los sellos y marcas de calidad (*trustmarks*) en el mercado digital y el distintivo público de confianza en línea”. En MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, p. 618; PIPAÓN PULIDO, J. G. (2010) *Derechos de los consumidores y usuarios*, Lex Nova, Valladolid, pp. 108 y 109.

(40) AGUILAR RUIZ, L. (2008) “La tutela del menor consumidor. Del mandato constitucional a los códigos de conducta empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 9-10, pp. 71 y 72.

efecto, debe repararse en que, como manifiesta la doctrina (41), serán sanciones disciplinarias de origen privado tradicionalmente articuladas como un complemento natural a la capacidad de autorregulación normativa que toda organización ostenta (42).

En otras palabras, adquiere gran importancia la posibilidad de que las empresas puedan ofrecer al consumidor y/o usuario instrumentos para evitar o para solucionar los eventuales conflictos que puedan surgir en las promociones operadas en el ámbito electrónico, especialmente si son transfronterizas (43). Por este motivo, deben potenciarse las herramientas que los consumidores puedan usar en caso de una reclamación –muchas de ellas puestas en práctica a través de los denominados códigos de conducta–, ya que sólo métodos sencillos, rápidos y sin coste elevado (44) serán capaces de que el consumidor asuma el riesgo del incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del empresario.

Sin perjuicio de que estamos ante una ventaja competitiva de los empresarios que opten por adherirse a un código de conducta, la asunción de las buenas prácticas contenidas en el citado documento supone para la empresa tener que asumir, para sus propios intereses, fallos favorables y desfavorables del organismo extrajudicial de resolución de disputas. De hecho, en el supuesto de que el

(41) DARNACULLETA I GARDELLA, M. M. (2008) "Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias". En ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO MARTÍN, A. (Dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, p. 120.

(42) En otro orden de cosas, algunos autores –HARDEN, I. y LEWIS, N. (1996) *The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, Hutchinson, Londres– han denunciado la grave quiebra del principio de separación de poderes a que asistimos cuando las funciones de los organismos de autorregulación abarcan tanto facultades de producción e interpretación normativas como potestades de supervisión y sanción.

(43) STEWART, K. y MATTHEWS, J. (2002) "Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes", *University of Miami Law Review*, núm. 56, pp. 1111-1113; WAHAB, M. (2004) "Globalisation and ODR: Dynamics of Change on E-commerce Dispute Settlement", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 12, núm. 1, pp. 123-129.

(44) Sobre las críticas a este respecto –pues, en ocasiones, los costes pueden ser superiores a los del proceso judicial– pueden verse las consideraciones de CARVER, T. B. y VONDRA, A. A. (2002) "La resolución alternativa de conflictos". En *Negociación y resolución de conflictos*, Ediciones Deusto, Bilbao, pp. 231-239.

empresario se negase a cumplir con la decisión dada al conflicto, por parte del organismo de control establecido, podría ser expulsado del sistema de autodisciplina del que forma parte, así como ser activamente publicitado con la pérdida de credibilidad que ello representa.

2. Composición

Por lo que se refiere a los sujetos que constituyen el órgano de control, se discute en torno a los colectivos que deben constituirlo. De hecho, según la composición de los mismos, podrá cuestionarse la imparcialidad del mismo.

Ciertos órganos de control únicamente incorporan a los sujetos que participan activamente en el ámbito de la publicidad. La autorregulación, aplicada al ámbito que analizamos, es un sistema mediante el cual la industria publicitaria se autodetermina (45). Los tres actores de la industria: los anunciantes (que abonan los gastos de publicidad), las agencias (a cargo de su forma y contenido) y los medios (que ejercen de vía o soporte) se ponen de acuerdo sobre unos mínimos de conducta.

En este sentido, en algunos de ellos, sobre todo en el ámbito de la promoción virtual, los miembros que componen tales órganos son empresarios de los más diversos sectores, con una representación de los consumidores que, aunque limitada, debe valorarse positivamente. En otros supuestos diferentes, el órgano de control estará formado por representantes empresariales, de los consumidores y de la Administración.

En suma, aunque la publicidad difundida en Internet se encuentra sometida a la propia normativa legal, como no podía ser de otra manera, tal régimen parece no ser suficiente o adecuado. De hecho, aunque la heterorregulación debería ser una ordenación de mínimos, lo cierto es que la misma no está siendo todo lo eficaz que debiera.

(45) El fenómeno de la autorregulación, según dispone CRANSTON, R. (1984) *Consumers and the Law*, 2.^a edición, Weidenfeld & Nicolson, Londres, proviene de una concepción gremialista de los mercaderes en la Edad Media que concibieron la necesidad de aprobar códigos de conducta para fortalecer la posición de ese gremio frente al mundo exterior. Modernamente, la concepción que se ha configurado en estos sistemas de autorregulación proviene del sistema jurídico anglosajón.

En efecto, en cierta medida, como consecuencia del control externo, existe una hiperregulación sobre la comunicación comercial debido a la pluralidad de legisladores (46), de enfoques (47), intereses (48) y controles (49).

3. Estructura

El funcionamiento del órgano de control varía en atención de la estructura que el mismo adopte. Con tales herramientas, se persigue consolidar las ventajas inherentes a los sistemas judiciales, aunque evitando las desventajas consustanciales a estos últimos. Por lo que a nuestros efectos se refiere, se pretende lograr la agilidad y celeridad en la actuación de los órganos de control de resolución extrajudicial de conflictos acontecidos en línea. En todo caso, las resoluciones de estos últimos deben ser motivadas y basadas en los documentos de referencia aprobados, cuyo articulado haya sido asumido por los prestadores de servicios integrados en el sistema de autodisciplina publicitario. La estructura del órgano de control

(46) Debe, en todo caso, ponerse de manifiesto el ingente entramado normativo que, tanto en España como en los países de nuestro entorno, afecta al sector de la publicidad. Por lo que se refiere a nuestro país, ha de indicarse que tal elenco de disposiciones se elaboran en diversos ámbitos. En este sentido, aunque la legislación y normativa reglamentaria estatales son realmente numerosas, todavía lo son más, si cabe, las que tienen carácter autonómico.

(47) En este sentido, debe aludirse a la regulación del mensaje publicitario desde tres grandes perspectivas, a saber: la regulación general; la disciplina por razón del medio y; la ordenación en función del producto.

(48) Respecto a los objetivos perseguidos por las normas aprobadas en materia publicitaria, cabe determinar que los mismos son muy dispares. Así, por ejemplo, podemos mencionar la salvaguarda de la competencia económica, la protección de los consumidores, etc. En todo caso, debe advertirse que, en ocasiones, puede resultar complejo determinar el interés específico que una norma vinculada con la publicidad va a tutelar.

(49) En el supuesto de que se difunda un anuncio eventualmente ilícito, cabe la posibilidad de que el mismo sea sancionado por vía administrativa, civil o penal.

admite distintas modalidades. En este sentido, podemos discernir tres grandes modalidades:

1. El órgano de control único. Su capacidad de decisión reside íntegramente en el mismo. El conflicto sometido a su consideración se resolvería en una única instancia. Esta estructura presenta una prerrogativa muy significativa, cual es su rapidez inherente, si bien tiene un inconveniente visible como la imposibilidad de revisión del asunto inicialmente resuelto por parte de una instancia superior.
2. El órgano de control dual. Además de cierta celeridad, menor, todo hay que decirlo, que en el supuesto anterior, existen dos instancias diversas. Así, en primera instancia, además de asumir las funciones propias de instrucción de los expedientes, resolverá los asuntos que se le presenten. La segunda instancia funcionará como tal. Es decir, en este último sentido, revisará las decisiones inicialmente adoptadas en primera instancia. En este tipo de órgano, podemos incluir el Jurado de la Publicidad que, como veremos, resolverá los conflictos que se susciten en el ámbito de las promociones interactivas.
3. El órgano de control tripartito. Además de las dos instancias propias del sistema de autodisciplina, existiría una instancia posterior, fuera del sistema en sí mismo, cuya actuación derivaría de la inobservancia de la resolución de la parte sancionada. La estructura que comentamos podría ser considerada un sistema de correulación. En efecto, la participación de los poderes públicos, sobre todo para compeler al cumplimiento de la sanción impuesta por el órgano de control del sistema de autorregulación, supone una colaboración muy relevante entre los sujetos privados del sistema de autorregulación y ciertos organismos públicos.
4. Necesidad de observar ciertos principios generales sobre el particular: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000

Debe quedar meridianamente claro que el recurso a la resolución extrajudicial de conflictos en ningún caso puede significar un menoscabo en los derechos del consumidor. Como puso de manifiesto

la Comisión, en la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, los procedimientos extrajudiciales no pueden tener como objetivo sustituir al sistema judicial (50) , por lo que la utilización de la vía extrajudicial solo puede privar al consumidor de su derecho de acceso a los Tribunales si éste lo acepta expresamente, con pleno conocimiento de causa, y después del nacimiento del litigio.

De las distintas iniciativas europeas, podemos deducir que para el legislador comunitario existen dos grandes categorías de ADR. Por una parte, aquellos procedimientos que conducen a la resolución de un conflicto mediante la intervención activa de una persona que propone o impone una solución –que son objeto de regulación por la Recomendación de la Comisión, 98/257/CE–. Por otra parte, los procedimientos que buscan la resolución mediante una aproximación de las partes para que éstas, de mutuo acuerdo, puedan concluir el litigio –disciplinados por la Recomendación 2001/310/CE de 4 abril–.

Del actual artículo 37.4 de la LCD (51) pueden deducirse dos grandes cuestiones de notable interés en la materia que analizamos. Por un lado, el carácter obligatorio del órgano de control que

(50) A este respecto, ha de tenerse en consideración que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 –ratificado por España a través de la instrucción de 26 de septiembre de 1979–, dispone, en esta línea, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

(51) Tal precepto señala que “los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente”.

necesariamente debe existir para que estemos ante un verdadero organismo de autorregulación. Y, por otro, que dicho órgano ha de ser independiente.

Lo primero resulta no solo de la naturaleza del sistema de autodisciplina –que, como ya vimos, requiere la existencia del código de conducta y del órgano de control–, sino de la fórmula verbal imperativa empleada por el legislador (“se dotarán”), de manera que los que no tengan ese órgano no parece que deban merecer la condición de sistema de autorregulación a los efectos legales.

La independencia del órgano es presupuesto para que pueda asumir el sistema de resolución extrajudicial de controversias (52) legalmente previsto, y deberá predicarse tanto de los miembros que lo componen como del propio órgano en sí en su actuación. A tal fin, el establecimiento de un elenco de causas de abstención y recusación ayudaría a reforzar esa garantía, que deberá respetar las exigencias contenidas en la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998 y de la Recomendación 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión que establece los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, cuando se trate de un código de conducta que reglamente las relaciones entre empresarios y consumidores.

La legislación indica que dichos sistemas de autodisciplina deben cumplir los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente [que se conoce como red EJE (53)]. Parece, en conse-

(52) Según la Unión Europea, en la actualidad, se estima que existen unos 750 sistemas nacionales de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo.

(53) La Red EJE –Red extrajudicial europea de resolución alternativa de conflictos– es una red de asistencia e información al consumidor constituida por puntos de contactos nacionales –denominadas “cámaras de compensación”– establecidos en todos los Estados miembros, así como en Noruega e Islandia. La misma tiene como fin la solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de consumo, pero en especial los vinculados con el comercio electrónico transfronterizo. Con esta medida se trata de facilitar a los consumidores el acceso a una vía de compensación en el supuesto de

cuencia, que impone que los órganos de control estén integrados en la red EJE. Integración que implica el pleno respeto de los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, relativos a independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación, completados, asimismo, por la Recomendación 2001/310/CE, de 4 abril 2001, de la Comisión (54) –que alude, en su ámbito, a los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad (55)-.

La independencia del órgano responsable de la toma de la decisión estará asegurada, de forma que se garantice la imparcialidad

litigio con proveedores establecidos en otros países de la UE, así como de Noruega e Islandia, diferentes del Estado miembro de residencia del consumidor. Desde la perspectiva del consumidor, la Red EJE es un elemento básico para determinar un clima de confianza y mejorar el funcionamiento de un mercado interior competitivo. La Red extrajudicial que comentamos persigue solventar todo litigio que surja entre un consumidor y una empresa, respecto a determinados bienes y/o servicios, como los problemas vinculados con la entrega, los productos defectuosos, los que no se correspondan con su descripción inicial, así como ofrecer la información relativa a los derechos legales tanto a escala europea como nacional. Cada Estado participante tiene a su alcance un contacto central o centro de intercambio de información, en el que los consumidores pueden obtener determinada información y asesoramiento. En España este último es el Instituto Nacional de Consumo.

(54) Aunque en un plano diverso, debemos, asimismo, tener en cuenta el Reglamento 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores.

(55) Doce años después de la aprobación de las Recomendaciones de la Comisión sobre los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, en materia de consumo, el análisis de la situación actual pone de manifiesto que las medidas adoptadas únicamente, a nivel nacional, no han hecho que la cobertura de tales instrumentos sea realmente suficiente. Por consiguiente, los consumidores europeos no tienen las mismas posibilidades de acceso a sistemas de ADR en toda la Unión Europea. Este desarrollo insuficiente y fragmentado de los ADR que comentamos, en el ámbito de la UE, es contrario a los objetivos del TFUE, ya que puede dar origen a una suerte de nuevos obstáculos al funcionamiento del mercado interior, y, en este sentido, proteger, de manera desigual, a los consumidores en la UE.

de su acción. Cuando la decisión se adopte de manera individual, esta independencia estará garantizada por la concurrencia de las medidas siguientes: la persona designada tendrá la capacidad, la experiencia y la competencia, en particular en materia jurídica, necesarias para la función; la duración del mandato de la persona designada deberá ser suficiente para garantizar la independencia de su acción, sin que ésta pueda ser destituida sin motivo justificado; y cuando la persona designada sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación, ni para uno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones. En el supuesto de que la decisión se adopte de forma colegial, la independencia del órgano responsable de ella puede garantizarse mediante la representación paritaria de los consumidores y de los profesionales o por el respeto de los criterios antes enunciados (56).

Por lo que se refiere al principio de transparencia, deberán adoptarse las medidas precisas para garantizar la concurrencia de la misma en el procedimiento (57). Respecto a dichas medidas, podríamos, entre otras, discernir dos grandes grupos. Por un lado, la comunicación, a cualquier persona que lo solicite, de ciertos extremos de interés acerca del procedimiento (58). Por otro lado, la

(56) MARTÍN GARCÍA, M. L. (2010) "Códigos de conducta y publicidad". En REAL PÉREZ, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 100, dispone que cuanto más heterogénea y proporcional sea la composición del órgano de control, sus resoluciones gozarán de más garantías de independencia e imparcialidad.

(57) La falta de transparencia puede perjudicar los derechos de las partes y suscitar reticencias respecto a los procedimientos extrajudiciales de solución de litigios en materia de consumo en general.

(58) En cuanto a los datos a los que nos referimos, podemos destacar los siguientes: una descripción precisa de los tipos de litigios que pueden someterse al órgano, así como los límites que puedan existir en relación con la cobertura territorial y el valor del objeto de los litigios; las normas relativas a la consulta del órgano, incluidas, en su caso, las gestiones previas impuestas al consumidor, así como otras normas de procedimiento, en particular las relativas al carácter escrito u oral del procedimiento, a la comparecencia personal y a las lenguas del procedimiento; el posible coste del procedimiento para las partes, incluidas las normas relativas al reparto de

publicación, por parte del órgano competente, de un informe anual relativo a las decisiones que se hayan dictado que permita evaluar los resultados obtenidos y determinar la naturaleza de los litigios presentados.

El principio de contradicción supone que el procedimiento que habrá de seguirse implicará la posibilidad de que todas las partes interesadas den a conocer su punto de vista a la institución competente y que tengan conocimiento de todas las posturas y de todos los hechos expuestos por la otra parte, así como, en su caso, de las declaraciones de los expertos.

La eficacia del procedimiento estará asegurada por medidas que garanticen ciertos extremos. Así, en primer término, el acceso del consumidor al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante legal. En segundo lugar, la gratuidad del procedimiento o la existencia de costes moderados. En tercer término, la fijación de plazos relativamente breves entre la consulta presentada ante el órgano y la toma de la decisión. Finalmente, la atribución de un papel activo al órgano competente, que le permita tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

El principio de legalidad supone que la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado en el que esté establecido el órgano. En otros términos, en caso de litigios transfronterizos, la decisión del órgano no podrá tener como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado miembro en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, en los asuntos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Toda decisión se justificará y comunicará por escrito, o de cualquier otra forma apropiada, a las partes interesadas, en el menor plazo posible.

los costes con posterioridad al procedimiento; el tipo de normas en las que se basan las decisiones del órgano (disposiciones legales, equidad, códigos de conducta, etc.); las modalidades de toma de decisión en el órgano; el valor jurídico de la decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio, para el profesional o para las dos partes. Si la decisión tuviera carácter obligatorio, deberán precisarse las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de la decisión. Lo mismo se aplica a las vías de recurso que puedan existir para la parte que no obtenga satisfacción.

Por su parte, el principio de libertad implica que la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado de manera expresa. La adhesión del consumidor al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo, cuando dicho compromiso tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución judicial del litigio.

Finalmente, por lo que se refiere al principio de representación, el procedimiento no podrá privar a las partes del derecho a hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

Con los principios establecidos, por cada una de las recomendaciones mencionadas, se alcanza un alto nivel de protección de los consumidores, tal como se establece en el artículo 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –antiguo artículo 153 del TCE–.

En el caso de España, únicamente cumplen tales previsiones el Jurado de la Publicidad que opera en el seno de Autocontrol (59) (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) y el Sistema Arbitral de Consumo.

La remisión a estas Recomendaciones se efectúa también en el artículo 21.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (en la redacción dada por la Ley núm. 25/2009, de 22 diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), que, al tratar del régimen de comprobación y servicios de atención al cliente, prevé que si los prestadores de servicios no dan respuesta a las reclamaciones recibidas satisfactoriamente en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación, si están adheridos a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos facilita-

(59) Una vez que el Ministerio de Sanidad y Consumo -Instituto Nacional de Consumo- verificó que el Jurado de la Publicidad cumplía los principios enumerados en la Recomendación 257/98/CE, notificó a la Comisión Europea la inclusión de este sistema de autorregulación, como órgano extrajudicial de resolución de controversias, en la citada Red.

rán al usuario el acceso al mismo cuando éste reúna los requisitos previstos en la Recomendación 98/257/CE y en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión (60).

Finalmente, debemos reseñar que los órganos extrajudiciales pueden decidir no sólo sobre la base de disposiciones legales, sino también con equidad y basándose en códigos de conducta. Esta aparente flexibilidad, respecto al fundamento de sus decisiones, no debe tener como resultado que disminuya el nivel de salvaguardia de los consumidores, en comparación con la protección que, respetando el Derecho comunitario, garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales. Repárese en que los verdaderos códigos de conducta incluirán en su articulado, no sólo la propia normativa legal, sino un plus adicional que amplíe los derechos mínimos conferidos por el legislador a favor del contratante débil.

IV. INICIATIVAS INTERNACIONALES DESTACABLES SOBRE LA MATERIA

Las organizaciones internacionales no gubernamentales que han redactado normas derivadas del fenómeno de la autorregulación en materia publicitaria son de signo muy diferente (61).

El máximo exponente de este tipo de organizaciones que comentamos es la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Es la organización más influyente en la formulación de reglas privadas con estándares de comportamiento, en materia de publicidad y de

(60) La Red para la resolución extrajudicial de conflictos –Red EJE– desarrolló su actuación desde 2001 a 2004. Asimismo, debe advertirse que se fusionó con la Red de Euroventanillas que, en 2005, dio lugar a la Red CEC –Red de Centros Europeos de los Consumidores– que, en la actualidad, cuenta, al menos, con un punto de contacto nacional en cada Estado miembro.

(61) El primer código de conducta que sobre la materia se difundió fue en 1911, en América, cuando se aprobó el código de conducta de la Asociación de Clubs de Publicidad de América. Como consecuencia de los cambios suscitados en la realidad social imperante, los citados documentos se van actualizando, recogiendo, a tal efecto, los eventuales problemas que las nuevas técnicas de publicidad y sus contenidos van progresivamente presentando.

marketing, ampliamente aceptadas por la comunidad empresarial a escala internacional. En el ámbito mencionado, ha elaborado un elenco de documentos, fruto de la autodisciplina, que adoptan la forma de códigos de conducta y de directrices –*Guidelines*–. Aunque la CCI no ha establecido un sistema internacional de autorregulación, ha elaborado un repertorio de códigos de buenas prácticas que ostentan una notable influencia sobre la formulación de las reglas de conducta de los distintos sistemas nacionales de autodisciplina publicitaria.

Entre los documentos elaborados por la CCI, debe destacarse, entre otros: código ético de publicidad de 1937(62); el código de prácticas legales en materia de publicidad de 1955(63); el código internacional de práctica publicitaria de 1997 –*ICC International Code of Advertising Practice*–, aplicable a la publicidad para la promoción de cualquier modalidad de bienes y/o servicios y por cualquier medio; el código internacional sobre publicidad medioambiental de 1991 –*ICC International Code of Environmental Advertising*–; las Directrices sobre publicidad y marketing en Internet de 1998(64) –*ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet*–; código internacional sobre marketing directo de 1998(65) –*ICC International Code of Direct Marketing*–; y el código internacional en materia de patrocinación de 1992 cuya última reforma data de 2003 –*ICC International Code on Sponsorship*–.

(62) El mismo fue ideado con la finalidad de fomentar la autorregulación publicitaria a nivel internacional. Tal código de conducta, con numerosas modificaciones, sigue todavía en vigor. Asimismo, interesa considerar que representa un antecedente inmediato de numerosas iniciativas de autorregulación en el ámbito que comentamos.

(63) Este documento, fruto de la autorregulación, atiende a la publicidad desleal y comparativa, la publicidad engañosa y la protección de los consumidores y empresas competidoras frente a los anuncios publicitarios.

(64) Tal organización ha manifestado la intención de extender las normas, que hasta ahora están previstas únicamente a Internet, a otros medios diversos cual es el caso de los mensajes SMS y la televisión y radio de carácter digital.

(65) A este respecto, cabe tener en consideración, con carácter adicional, por un lado, el código internacional sobre promociones de venta de 1987 –*ICC International Code of Sales Promotion*– y, por otro, el código internacional de venta directa de 1999 –*ICC International Code of Direct Selling*–.

Otra asociación internacional que fomenta tanto la autodisciplina en materia publicitaria es la *International Advertising Association* (IAA). Tal entidad actúa como un marco de intercambio de información sobre las mejores prácticas publicitarias, asistiendo, a su vez, a sus secciones nacionales en la elaboración de sistemas de autorregulación.

Existen otras asociaciones internacionales que, aunque fomentan el fenómeno de la autorregulación, sus logros, a la hora de uniformizar los sistemas de autodisciplina nacionales, han sido ciertamente limitados. Es el caso de la Federación Nacional de Anunciantes –*World Federation of Advertisers*–.

En cuanto a las actuaciones desarrolladas en el ámbito concreto de la publicidad electrónica, debe resaltarse la labor realizada por el *Global Business Dialogue on Electronic Commerce* –GBDe–. Se trata de una iniciativa de alcance internacional que agrupa a las principales empresas del sector cuya finalidad estriba en la elaboración de recomendaciones que influyan tanto en las legislaciones nacionales como en los estándares de actuación empresarial. Por lo que a nuestros efectos respecta, debe reseñarse que en 1999 la entidad que comentamos adoptó ciertas recomendaciones en materia de comunicaciones comerciales.

V. EL JURADO DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD

Además de la verificación *a priori*, ciertos sistemas de autodisciplina posibilitan un examen *a posteriori* de las eventuales disputas que se susciten en torno a la posible vulneración del código de conducta. Este último se efectúa por parte del organismo de control que actúa una vez que la campaña promocional se ha difundido. En tal supuesto, el contenido de las resoluciones determinarán, en su caso, la ilicitud de la publicidad, por la infracción de una o varias normas éticas –presentes en el articulado de los códigos de conducta–, instando al anunciante a cesar o modificar la publicidad. Nada cabe objetar cuando el organismo de control se pronuncia frente a entidades adheridas, si bien no puede decirse lo mismo cuando se refiere a terceros no integrados en el sistema de autodisciplina. De los problemas que sobre este último particular pueden llegar a suscitarse nos ocuparemos seguidamente. Entre los sistemas extra-

judiciales más paradigmáticos, contemplados en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, destaca el denominado Jurado de Autocontrol de la Publicidad.

1. Concepto y caracteres inherentes

Entre los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que existen, a escala europea, en materia de publicidad interactiva, hay uno que constituye un modelo de referencia. Se trata del Jurado de Autocontrol de la Publicidad.

La asociación en la que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad se integra, aunque sin ser un órgano dependiente de la misma –pues goza de plena independencia–, es Autocontrol. Esta última se constituyó en 1995, ostentando su precedente en Autocontrol de la Publicidad SA que se creó en 1977. Respecto a los asociados de Autocontrol, cabe indicar que, entre anunciantes, agencias y medios, agrupa a más del 75 % de la industria publicitaria en España.

Autocontrol es el único organismo privado español que ha sido incorporado por la Comisión Europea a su Red Extra-judicial Europea, por cumplir, su órgano extrajudicial de resolución de controversias –el Jurado de la Publicidad–, los requisitos y principios de independencia (66), transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los de los litigios en materia de consumo (67).

(66) Sobre los conceptos de independencia e imparcialidad, GALÁN GONZÁLEZ, C. (2005) *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 19-26.

(67) Ahora bien, no faltan reclamaciones administrativas en las que expresamente se alude a la falta de independencia e imparcialidad del Jurado de la Publicidad. En este sentido, la Resolución, de 28 de abril de 2008, de la Comisión Nacional de la Competencia (AC 2008/1775), que desestima el recurso presentado por Ausbank Consumo frente a Autocontrol. A este respecto, Ausbank Consumo entendía que el Jurado carecía de tales caracteres, dado que estaba integrado en la propia estructura de quien crea las normas, ser designado y pagado por Autocontrol.

Las funciones, la composición y el funcionamiento del Jurado se regulan tanto en los arts. 44 a 50 de los Estatutos de Autocontrol, de 11 de mayo de 1995 –cuya última modificación es de 26 de abril de 2011–, como en el Reglamento del propio Jurado de la Publicidad, de 23 de abril de 1997, cuya última reforma data de 10 de mayo de 2006.

El Jurado está formado, en virtud de los arts. 44.1 del Estatuto de Autocontrol y 3 del Reglamento del Jurado, por un presidente (68), seis vicepresidentes y veinte vocales de indiscutible imparcialidad. Nótese el acento de imparcialidad que pretende ponerse de relieve y, en consecuencia, alcanzarse con el vocablo “indiscutible”. Es importante insistir en la necesidad de que ninguno de los miembros del Jurado puede tener relación de ningún tipo con las empresas adheridas. El art. 14 del Reglamento del Jurado establece, en este sentido, un completo régimen de causas de abstención y de recusación que impide la participación de los miembros del Jurado en los que concurren uno o varios de los motivos enumerados en aquél precepto.

Resulta interesante señalar que, a pesar de que no existe indicación expresa sobre el particular ni en los Estatutos de Autocontrol ni en el propio Reglamento del Jurado, tanto el presidente como los seis vicepresidentes del Jurado son juristas, mientras que los vocales son expertos en publicidad (69).

El Jurado actúa en pleno o por secciones. El pleno es competente para aprobar los anteproyectos de códigos y normas de conducta elaborados por las secciones y resolver los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones dictadas por las secciones. Las secciones, que son seis presididas por un vicepresidente del Jurado, son competentes para: emitir dictámenes solicitados por la asociación; elaborar los anteproyectos de códigos y normas de con-

(68) En la actualidad, el presidente es Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Con anterioridad lo fueron, Eduardo García de Enterría –Catedrático de Derecho Administrativo– y Carlos FERNÁNDEZ NOVOA –Catedrático de Derecho Mercantil–.

(69) TATO PLAZA, A. (2005) “La autodisciplina publicitaria”, *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102; TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2009) “Derecho de marca y autodisciplina publicitaria”. En MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (Dir.), *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, La Ley, Madrid, p. 1005.

ducta para la asociación; solventar las reclamaciones por infracción de los códigos y normas de conducta que aplica la asociación; resolver las solicitudes de revisión de *copy advice* planteadas por anunciantes; atender las solicitudes de aclaración de las resoluciones; y actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias sometidas a su decisión.

Tal órgano únicamente interviene cuando una controversia está planteada y actúa de acuerdo con un procedimiento reglado según los principios de igualdad de las partes, de audiencia y de contradicción. Aunque es cierto que el Jurado ostenta una dependencia administrativa de Autocontrol de la Publicidad, no es, en absoluto, un órgano suyo. Está formado por expertos (70) de diferentes ramas del saber: Derecho, Economía, Publicidad, Comunicación, Sociología, etc., al que se recurre cada vez en más ocasiones (71). Cabe precisar que el Instituto Nacional de Consumo participa en la selección del 25 % de sus componentes (72). A pesar de su juventud, el sistema de autorregulación publicitaria creado por Autocontrol se ha convertido en el mecanismo preferente de resolución de controversias en España (73) por encima, incluso, de los tribunales de justicia (74).

(70) De hecho, entre los vocales de las diferentes secciones se encuentran ex directivos de agencias de publicidad, ex directivos de medios, así como personas que ocuparon puestos de relevancia en materia de consumo en el ámbito de la Administración Pública.

(71) ILLESCAS ORTIZ, R. y PERALES VISCASILLAS, P. (2003) *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

(72) Autocontrol ha firmado tres convenios con el Instituto Nacional de Consumo –INC–. El primero de tales convenios, firmado en 1999, tiene como fin establecer un marco de relación que posibilite la cooperación mutua en el seguimiento de la publicidad y la detección, corrección y supresión de la publicidad incorrecta. De hecho, en el mismo se prevé que corresponderá al INC el nombramiento de un 25 % de los miembros del Jurado, como medio para garantizar la participación de los consumidores en dicho órgano.

(73) A fecha de hoy, ha resuelto unos 2000 casos relativos a cuestiones publicitarias.

(74) FERNANDO MAGARZO, M. R. (2007) "Arbitraje y publicidad. La resolución extrajudicial de controversias en el ámbito publicitario: el jurado de autocontrol de la publicidad", *Anuario de Justicia Alternativa*, núm. 8, pp. 91 y 92.

Podemos afirmar que el gran protagonista del nuevo sistema español de autodisciplina publicitaria es el denominado Jurado de la Publicidad que se define en el art. 44.1 de los Estatutos de Autocontrol como un órgano especializado en materia deontológica-publicitaria, dotado de absoluta autonomía e independencia en sus funciones y formado por personas independientes (75).

Conviene advertir que las diferencias que existen entre que el Jurado actúe en aplicación de normas y que Autocontrol emita dictámenes sobre la publicidad son muy significativas. Los dictámenes de Autocontrol se emiten por órganos de la propia asociación, no responden a ningún procedimiento regular y, sobre todo, Autocontrol, al realizar esa actividad dictaminadora, no hace ninguna operación de solución extrajudicial de conflictos (76). Por eso, el dictamen no puede tener el valor jurídico de una resolución del Jurado.

Únicamente se ocupa de la publicidad comercial, quedando, por consiguiente, excluida la publicidad política, institucional y religiosa. Además, a tenor del art. 13.2 del Reglamento del Jurado, necesariamente debe tratarse de publicidad emitida en España en los últimos doce meses, incluyéndose la publicidad de carácter transfronterizo –art. 12.2 del Reglamento del Jurado–, pero también aquella que se haya difundido en el extranjero, que hayan sido condenados en firme por el correspondiente órgano nacional de autocontrol integrado en EASA, si es que existen indicios de que la misma se vaya a emitir también en España –art. 12.3 del Reglamento del Jurado–. De igual modo, de acuerdo con el art. 13.3 del Reglamento del Jurado, no se admitirán a trámite las reclamaciones que versen sobre una comunicación comercial que haya sido resuelta o esté en tramitación en un proceso judicial o procedimiento administrativo (77).

En cuanto a los textos que sirven de base a las resoluciones del Jurado de la Publicidad, debe precisarse que no son estrictamente

(75) TATO PLAZA, A. (2005) "La autodisciplina publicitaria", *Revista Autocontrol de la Publicidad*, núm. 102.

(76) El procedimiento ante el Jurado no presenta, en modo alguno, carácter arbitral, ni el mismo se rige por la normativa de arbitraje, sino por lo establecido en su propio Reglamento.

(77) También debe manifestarse que la presentación de una demanda ante los tribunales de justicia en relación a una publicidad de la que esté conociendo el Jurado, supondrá la inmediata paralización del procedimiento iniciado en este último.

normas legales (78), ya que, de actuar en tal sentido, el Jurado podría estar invadiendo la función jurisdiccional que, de acuerdo con el art. 117 de la CE, sólo compete a los jueces y tribunales (79).

La resolución de conflictos, en materia de publicidad interactiva, se fundará en el código (general) de conducta publicitaria de 1996 –cuya última modificación data de 2011–, así como en el código sectorial de que se trate. Las normas contenidas en código sectorial deben reputarse como deontológicas o éticas, sin perjuicio de que contienen, además de la normativa aplicable, en ciertos supuestos, un plus de mejora de los derechos de los potenciales consumidores y/o usuarios. La valoración jurídica –carácter deontológico o ético– que hemos efectuado sobre las normas contenidas en los códigos de conducta que el Jurado aplica (80) ostenta el respaldo de nuestra

(78) Tal situación difiere con la valoración de la naturaleza jurídica de la autodisciplina publicitaria propia de la doctrina italiana que considera las normas éticas de la publicidad como parte de un ordenamiento jurídico privado. Sobre este particular, ZORZI, N. (1985) “Autodisciplina pubblicitaria”, *Contratto e impresa*, Vol. 2, p. 50.

(79) Así, la SAP de Madrid de 29 de abril de 2008 (AC 2008/1075).

(80) El Jurado de la Publicidad verifica el cumplimiento de un importante elenco de códigos de conducta. Así, entre otros, el código de conducta publicitaria; el código ético de comercio electrónico y publicidad interactiva –Confianza Online–; código ético de Publicidad en Cine; código ético de la Asociación Nacional para la defensa de la marca; código ético de la Asociación Nacional de las empresas de investigación de mercados y opinión pública; código de autorregulación publicitaria de la Federación Española de Bebidas Espirituosas –FEBE–; código de autorregulación publicitaria de cerveceros de España; código de autorregulación del vino en materia de publicidad y comunicaciones comerciales; código de autorregulación de la publicidad infantil de juguetes; código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (PAOS); código ético de la Asociación Española de Fabricantes y Distribuidores de Productos de Nutrición Enteral; directrices sobre buenas prácticas en la publicidad de productos de *software* interactivo; código español de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con los profesionales sanitarios; código español de buenas prácticas de promoción de medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con las organizaciones de pacientes; código de normas deontológicas para la promoción y publicidad de los medicamentos autorizados sin receta médica no financiados por el Sistema Nacional de Salud y otros productos para el autocuidado de la salud; código entre la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) y la Asociación para

mejor doctrina (81) e, incluso, el propio Jurado en sus resoluciones así lo reconoce (82). Ahora bien, esta diferenciación en la práctica se diluye, ya que los instrumentos de autorregulación establecen la observancia de las normas jurídicas, como regla básica de comportamiento ético, lo que permite que el Jurado sancione el incumplimiento de la legalidad (83) como un comportamiento contrario a la ética publicitaria.

la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol); código de buenas prácticas para el uso de argumentos ambientales en la publicidad comercial; código de autorregulación de la publicidad de empresas de servicios de búsqueda de pareja, amistad, encuentros, contactos e intermediación de parejas según afinidad y compatibilidad a través de Internet; y el código de conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

(81) TATO PLAZA, A. (2005) "La autodisciplina publicitaria...", cit.; BARONA VILAR, S. (2008) *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajurisdiccional*, Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 258.

(82) Así, entre otras muchas, la resolución de la sección segunda del Jurado de 24 de julio de 1996 "Conservera Campofrío".

(83) Según el Jurado de la Publicidad, existen tres criterios para efectuar la interpretación del principio de legalidad. El primero es la lectura simple y elemental de la norma jurídica. El segundo, cuando la complejidad del asunto lo requiera, y sea necesaria la interpretación de la Ley, se acudirá a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes. Y, en tercer término, si la complejidad del caso lo requiere, y no existe jurisprudencia, al respecto, el Jurado deberá realizar un profundo y sincero posicionamiento deontológico que evite dejar sin solución la controversia. Cabe apuntar que existen motivos de crítica para los tres razonamientos enunciados –véase PATIÑO ALVÉS, B. (2007) *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona, p. 242–. El primero, porque una lectura, simple y elemental, de la norma jurídica, como criterio interpretativo, implica su aplicación, reservada a los jueces y Tribunales. El segundo, el criterio jurisprudencial, ya que la aplicación de los criterios jurisprudenciales para los casos de mayor complejidad –en otros términos, aquellos que requieren un alto esfuerzo en la interpretación de la Ley–, implica no sólo el reconocimiento de la labor de interpretación de la Ley que realiza, sino que, además, al escudarse en criterios jurisprudenciales, se refiere a la interpretación que un juez realiza de una norma jurídica, por lo que el Jurado estaría aplicando incorrectamente la norma. Y el tercero, el criterio deontológico, dado que supone la realización de una interpretación de la propia norma jurídica, debido a que no puede dejar sin resolver una cuestión planteada.

Debe advertirse que tanto las propias partes, en sus escritos, como los fallos del propio Jurado de la Publicidad aluden a resoluciones precedentes de tal órgano que, de alguna manera, puedan servir de fundamento a sus razonamientos. En efecto, como bien apunta la doctrina (84), el Jurado, salvo excepciones debidamente motivadas y justificadas, no suele apartarse, en modo alguno, de lo resuelto en otros conflictos. En cierta medida, podría, según la opinión doctrinal que seguimos, colegirse que se desenvuelve de una manera similar a lo que acontece con la jurisprudencia de los tribunales y, sobre todo, del Tribunal Supremo. Tal proceder obedece a exigencias de seguridad jurídica, del principio de igualdad, así como de la prohibición de la arbitrariedad.

La autoridad técnica y la imparcialidad demostrada por sus resoluciones, dictadas por juristas de reconocido prestigio y expertos de contrastada reputación en el sector, han generado una alta credibilidad y confianza, desde sus comienzos hasta la actualidad, tanto entre la industria publicitaria como ante la Administración pública y la sociedad en general. Cuando, tras haber sometido el asunto al Jurado de la Publicidad, las partes han acudido posteriormente a los Tribunales españoles de Justicia, los pronunciamientos judiciales han coincidido sustancialmente con el contenido de las resoluciones del Jurado previamente dictadas (85), pudiéndose, de este modo, observarse que del Jurado ha emanado una doctrina sólida con trascendencia en la Jurisdicción ordinaria española (86).

(84) REBOLLO PUIG, M. (2010) "La resolución extrajudicial de conflictos publicitarios. El Jurado de la Publicidad". En REAL PÉREZ, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 340.

(85) Como, a este respecto, determina GÓMEZ CASTALLO, J. D. (2010) "Autorregulación: una publicidad responsable en beneficio de los consumidores, la industria y el mercado". En REAL PÉREZ, A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 128, en 2008, hasta 17 casos, sobre los que existía un pronunciamiento del Jurado de la Publicidad, han sido posteriormente examinados por los Tribunales de Justicia, habiendo sido aportado al juicio la opinión de Autocontrol. Pues bien, sigue diciendo tal autor, en todos los supuestos, con una única excepción, ha habido coincidencia sustancial.

(86) Tal extremo, es reconocido tanto por la doctrina –GÓMEZ CASTALLO, J. D. y FERNANDO MAGARZO, M. R. (2011) "Códigos de Conducta y Sistemas de Autorregulación: en especial, en el ámbito de las comunicaciones comercia-

2. Distinción del asesoramiento previo: servicio frente a adheridos y terceros

Existen dos mecanismos diversos en virtud de los que puede verificarse el cumplimiento de los documentos de buenas prácticas –típicamente los códigos de conducta–. Se trata, por un lado, del control *a priori* –de carácter voluntario– que es el servicio de asesoramiento previo o *copy advice*, y, por otro, del control *a posteriori* –de carácter preceptivo– realizado por el organismo de control que, en nuestro caso, será efectuado por el Jurado de la Publicidad.

El *copy advice* es un servicio voluntario, confidencial –sin que, por consiguiente, exista contradicción– y normalmente no vinculante, de asesoramiento sobre la corrección, legal y ética, de un proyecto de campaña o anuncio, antes de su difusión al público, que puede ser solicitado por el propio anunciante, su agencia o el medio donde vaya a emitirse (87). Estos servicios de asesoramiento, con cierta habitualidad, son realizados por gabinetes técnicos independientes de los jurados que resuelven las controversias. La única entidad que, en el caso de España, presta tal servicio es Autocontrol (88) a través de su Gabinete Técnico (89). Éste está integrado por

les. Parte I”, *Autocontrol*, núm. 163, pp. 11-15 –como por la Jurisprudencia –SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2001; Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 30 de octubre de 2007 (JUR 2008/3260)–.

(87) En relación al mismo, debemos señalar, entre otros, los estudios de GÓMEZ CASTALLO, J. D. (2001) “La asociación de autocontrol de la publicidad y la aplicación del principio de veracidad por su Jurado”, *Estudios de Consumo*, núm. 57, pp. 133-146; PATIÑO ALVÉS, B. (2007) *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Bosch, Barcelona pp. 223-228; CURTO GORDO, V., REY FUENTES, J. y SABATE LÓPEZ, J. (2008) *Redacción publicitaria. Copy writing*, UOC, Barcelona, p. 173.

(88) Representa una asociación voluntaria sin ánimo de lucro, que se rige por la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación. A tenor del art. 5 de los Estatutos de la Asociación, según el texto aprobado por la Asamblea Constituyente, el día 11 de mayo de 1995, su objeto es “contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad con exclusión de la defensa de los intereses profesionales”.

(89) Se muestran crítico con el mismo PATIÑO ALVÉS, B. (2007) *La autorregulación publicitaria...*, cit., pp. 218-228; GARCÍA ABURUZA, M. P. (2009)

juristas y publicistas que, una vez planteado el *copy advice*, valorarán si un determinado anuncio que está en fase de elaboración cumple los estándares, normativos y éticos, incluidos en los códigos de conducta y, si, en su caso, la solicitud ha de resolverse en virtud de un *copy* negativo. Desde que se puso en marcha, en 2001, se han resuelto más de 37.000 solicitudes (90). Solo en el año 2009 se presentaron unas 7.500 solicitudes sobre el particular (91). Tal procedimiento no es un medio alternativo de resolución de disputas, sino un elemento especialmente útil que, en cierta medida, evita que lleguen a plantearse (92). En otras palabras, tal herramienta desarrolla una sugerente labor preventiva (93). Teniendo en consideración su extraordinaria relevancia práctica, el art. 37.4 de la LCD dispone que los códigos de conducta “podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios” (94).

Recientemente, se ha puesto en práctica un sistema de *copy advice* transnacional. EASA –*European Advertising Standards Allian-*

“Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 6, pp. 127-158.

(90) Habida cuenta del elevado grado de aceptación de este servicio, como las cifras ponen de manifiesto, es más solicitado que las intervenciones del Jurado de la Publicidad.

(91) Tras la televisión, Internet es el medio donde mayor crecimiento ha experimentado el uso del *copy advice*, con un incremento del 24% en el número de valoraciones emitidas en 2009 referidas a publicidad interactiva. En 2010 se presentó un mayor número de consultas previas. En este último sentido, la cifra ascendió a un total de 8162 solicitudes.

(92) Esta modalidad de informes jurídicos previos a la difusión del anuncio publicitario son muy valorados en el ámbito de la publicidad dirigida a la mujer –art. 13.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género–.

(93) Ahora bien, existen algunos casos en los que la implantación tal herramienta, por razones de defensa de competencia, no ha sido autorizada. A este respecto, la resolución del TDC de 20 de enero de 2004 (AC 2004/523).

(94) Algunos autores critican la limitación de la norma a los contenidos publicitarios. En este sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2008) “Algunas notas sobre la autorregulación en la nueva legislación sobre la competencia desleal”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 29, p. 108, ya que, a su entender, nada obsta a que dicho autocontrol se hubiera extendido a otro tipo de prácticas comerciales.

ce-, organismo que engloba a todos los sistemas de autorregulación europeos y algunos de otras zonas (95), ha puesto en marcha un sistema *on-line* de resolución de *copy advice* de alcance transfronterizo. A través del mismo, la industria publicitaria adherida a algún sistema de autorregulación –en España es Autocontrol de la Publicidad– cuando planifique una campaña publicitaria a difundir en otro país miembro, podrá solicitar un *copy advice* al país emisor de la campaña, con la finalidad de asegurarse de que cumple la legislación y los códigos de conducta publicitarios de dicho país. Resulta de interés advertir que forman parte del sistema *European Copy Advice* quince países europeos, entre los que se encuentra España. Además de esta última, integran este sistema de consulta previa los organismos de autorregulación publicitaria de Austria, Bélgica, República Checa, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia y Reino Unido.

3. Particularidades concurrentes en el sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas

Cuando las reclamaciones sobre publicidad interactiva no entren dentro del ámbito de aplicación territorial serán trasladadas desde Confianza Online –que se integra en Autocontrol– a EASA que las tramitará a través de su sistema de *cross-border complaint* (96) –sistema de tramitación de reclamaciones transfronterizas–. Su objetivo fundamental es hacer posible que las reclamaciones planteadas, respecto a publicidad transfronteriza, ante cualquier órgano,

(95) Debe tenerse en consideración que, además de EASA, existen organismos supranacionales vinculados con la publicidad. Se trata, entre otros, de: la *European Advertising Tripartite* (EAT), con sede en Bruselas; la *International Advertising Association* (IAA), con sede en Nueva York; y la Sociedad Interamericana para la Libertad de Expresión Comercial (SILEC). Para ampliar esta información, véase MATTELART, A. y PALMER, M. (1990) "Desregulación, autorregulación y espacio público. El nuevo papel de la publicidad", *Telos*, núm. 23, pp. 58-78.

(96) En relación al mismo, puede, entre otros, verse DETHLOFF, N. (2001) *Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach-und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, Mohr Siebeck, p. 38; SHUIBHNE, N. N. (2006) *Regulating the internal market*, Edward Elgar Publishing, p. 115; HORVATH, A., VILLA FRANCO, J. y CALKINS, S. (2009) *Consumer protection law developments*, American Bar Association, p. 771.

que no sea el del país de establecimiento del medio de difusión, se transfiera al organismo de autodisciplina de dicho Estado que será el que precisamente se pronuncie. Debe indicarse que el mecanismo que comentamos, instaurado por EASA, más que un verdadero sistema transfronterizo de reclamaciones, es un marco de colaboración entre los sistemas de autorregulación nacionales (97). Tal cooperación, esencialmente, se basa en el compromiso de los responsables de esos sistemas de autodisciplina de remitir las reclamaciones presentadas por sujetos residentes en su territorio al organismo competente.

Existe un aspecto sobre el que merece la pena incidir que es que la identificación del país de origen para determinar el órgano competente se hace, en el caso de Internet, con base en el lugar de establecimiento del anunciante. Tal diferenciación, que puede tener su razón de ser en las dificultades que existen para concretar el lugar de emisión en las actividades realizadas en Internet, contrasta con el Derecho comunitario (98). En efecto, a tenor de la Directiva de comercio electrónico, el criterio del país de origen normalmente va referido al país de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información que difunde la publicidad –cual, por ejemplo, la inserción de la publicidad en un determinado sitio *Web*–.

En línea con la cuestión anteriormente analizada, debe precisarse que la creación de mecanismos de coordinación, como el que hemos examinado, no implica necesariamente que la valoración de la publicidad realizada, por parte de uno de los sistemas de autorregulación nacionales, tenga que ser aceptada por otros en los que la publicidad sea difundida. Ahora bien, dado que EASA se posiciona a favor de la aplicación del criterio comunitario de reconocimiento mutuo, debe considerarse que favorece la idea de que los órganos nacionales de autodisciplina tengan que admitir las campañas aceptadas por los órganos de otros países, aunque sus reglas de conducta no sean idénticas (99).

(97) El art. 12.2 del Reglamento del Jurado de la Publicidad prevé que tal órgano conocerá y resolverá las reclamaciones transfronterizas que se presenten según los procedimientos establecidos por EASA.

(98) DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2005) *Régimen jurídico de...*, cit., pp. 206 y 207.

(99) DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2005) *Régimen jurídico de...*, cit., p. 208.

4. Procedimiento imperante en el caso de reclamaciones nacionales

Seguidamente, nos referiremos al procedimiento de actuación ante el Jurado de Autocontrol de la Publicidad. En este sentido, prestaremos especial atención a dos aspectos de notable interés al respecto. Por un lado, aludiremos a la legitimación activa y, por otro, a la legitimación pasiva. A este último respecto, analizaremos la particular situación concurrente en cuanto los pronunciamientos frente a terceros ajenos al sistema y los problemas que suscita.

4.1. Legitimación activa

A tenor del art. 12.1 del Reglamento del Jurado “[e]l procedimiento se incoará por solicitud o reclamación de cualquier persona que tenga interés legítimo en que se proceda en relación con una determinada comunicación comercial. También podrán iniciarlo de oficio (100), cuando las circunstancias lo requieran, los órganos de gobierno de la Asociación”. Por consiguiente, podrá presentar una reclamación cualquier interesado, ya sea un particular –frecuentemente un consumidor de forma individual-, empresa, asociación empresarial, asociación de consumidores y Administración pública. Puede colegirse que para presentar una reclamación no es preceptivo ser miembro o estar adherido a Autocontrol (101). Nos encontramos ante un procedimiento que resulta gratuito para los consumidores, asociaciones de consumidores, organismos de las Administraciones

(100) Interesa reseñar que el art. 36 del Reglamento del Jurado contempla la posibilidad de que, ante la petición de intervención de órganos administrativos, se traslade al Jurado para que, de oficio, comience el procedimiento.

(101) En algunos códigos de conducta, antes de acudir a la vía judicial o administrativa, se impone el deber de plantear la reclamación ante el Jurado. Así, entre otros, el código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud; código de autorregulación publicitaria de la Federación Española de Bebidas Esprituosas –FEBE–; código español de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos y de interrelación de la industria farmacéutica con los profesionales sanitarios.

públicas y asociados a Autocontrol. No lo es, sin embargo, para las entidades que no sean parte de Autocontrol (102).

De la norma que hemos transcrito puede colegirse que sí que resulta exigible la concurrencia en el actor de un "interés legítimo". En otras palabras, debe concurrir alguna relación con el anuncio, de forma que la resolución que, en su caso, pueda llegar a dictarse implique algún efecto para el reclamante. Ahora bien, existen normas éticas de Autocontrol, como la 6 del código de conducta publicitaria, que no exigen, de forma expresa, un interés legítimo, sino únicamente un simple interés. En efecto, la norma mencionada dispone que "[e]l procedimiento se incoará de oficio o por reclamación de cualquier persona que tenga interés en que se proceda en relación con una determinada publicidad". Como manifiesta la doctrina (103) que se ha ocupado de esta cuestión, teniendo en consideración la casuística, sería suficiente con un simple interés abstracto en la corrección deontológica de la publicidad.

4.2. Legitimación pasiva

Aunque el art. 16 del Reglamento del Jurado se refiere a "parte o partes reclamadas", las reclamaciones que se plantean ante el Jurado normalmente se dirigen contra un único anunciante. No se considerarían partes las agencias de publicidad ni los titulares de los medios que hayan difundido el anuncio (104).

Partiendo de tal premisa, debe considerarse que los pronunciamientos del Jurado podrán tener como destinatarios tanto a empresas adheridas como terceros no asociados (105). Si bien este último

(102) Las diversas acciones que los no asociados podrán acometer ante el Jurado tienen un coste variable. Así, por ejemplo, la tramitación de reclamaciones tendrá un coste de 2.400 euros, mientras que la tramitación de recursos de alzada ante el Pleno del Jurado, frente a las resoluciones de las secciones, ascenderán a 1.800 euros.

(103) REBOLLO PUIG, M. (2010) "La resolución extrajudicial de...", cit., pp. 346 y 347.

(104) REBOLLO PUIG, M. (2010) "La resolución extrajudicial de...", cit., p. 349.

(105) Ahora bien, debe tomarse en cuenta que las resoluciones del Jurado también son vinculantes para las empresas que, si bien no son socios de Autocontrol de la Publicidad, están adheridos a los códigos de conducta

supuesto podría resultar un tanto paradójico –y, en cierta medida, suscitar perplejidad–, pues las empresas no han aceptado, en ningún momento, observar las normas éticas incluidas en el código de conducta, puede acontecer que, una vez que se ha planteado la reclamación frente a la misma, la empresa, respecto a la que se dirige, acepte tácitamente la competencia del Jurado (106). Como veremos, de no ser así –e, incluso, de existir oposición expresa–, ello no será óbice para que tal órgano emita un dictamen no vinculante sobre la corrección deontológica de la campaña publicitaria sometida a su valoración.

Antes de ocuparnos, de manera individual, de cada uno de los supuestos enunciados, debe manifestarse que las resoluciones del Jurado resultan de obligada observancia para sus destinatarios (107). En este último supuesto, se encuentran tanto los asociados (108) como los terceros no adheridos que aceptaron, expresa o tácitamente, la competencia del Jurado de la Publicidad.

4.2.1. Pronunciamiento frente a empresas adheridas

Lo habitual es que el sistema de autorregulación se pronuncie frente a las empresas que voluntariamente han manifestado su expreso deseo de integrarse en el mismo. De hecho, el número de resoluciones relativas a terceros, como es lógico, es notablemente

sectoriales elaborados por determinadas organizaciones, pero cuya aplicación y resolución de controversias haya sido encomendada al Jurado.

(106) En relación a tal eventualidad, el art. 30 del Reglamento del Jurado y el art. 49.2 de los Estatutos de Autocontrol. De los mismos puede deducirse que se aceptará la competencia del Jurado cuando, siendo parte reclamada, interponga recurso de alzada frente a la resolución de la sección de que se trate.

(107) Las resoluciones de las secciones serán recurribles en alzada en el plazo de cuatro días a contar desde su recepción. El mismo plazo se prevé para los dictámenes de carácter no vinculante. Ahora bien, en este último supuesto –de acuerdo con los arts. 47.2 y 50.1 del Estatuto de Autocontrol, así como los arts. 19.2 y 21 del Reglamento del Jurado–, se habla de “recurso de revisión”.

(108) Debe considerarse que los asociados, en el momento de su adhesión, se comprometen a someterse al procedimiento del Jurado de la Publicidad, así como a cumplir sus resoluciones en caso de un eventual conflicto o reclamación contra su publicidad.

menor que las que versan sobre empresas adheridas. Ahora bien, el elenco de pronunciamientos frente a empresas no adheridas, en materia de publicidad interactiva, no resulta en absoluto un hecho aislado. Las resoluciones que el organismo de control dicte se fundamentarán en los códigos de conducta sobre los que pivota el sistema de autodisciplina en materia de publicidad interactiva.

Debe destacarse que el Jurado de la Publicidad actuará frente a empresas adheridas cuando haya resultado infructuosa la mediación de Autocontrol. Esta última es, por tanto, un medio de resolución del conflicto previo a la intervención del Jurado y facultativo para las partes en el que se encarga a un tercero, el secretario del Jurado, la función de aproximar a las partes y determinar las posiciones que serían asumibles por ambas. La mayoría de las diferencias que, en materia de publicidad interactiva, existen entre las partes suelen solventarse por mediación, siendo necesario acudir a la intervención del Jurado de Autocontrol en un porcentaje comparativamente menor.

Asimismo, debe ponerse de relieve que el secretario del Jurado puede terciar en la controversia y ofrecer soluciones al respecto, lo que podría representar un problema de conflicto de intereses, a la hora de evaluar la imparcialidad del Jurado, en el caso de que el reclamante someta posteriormente la cuestión al procedimiento de dicho órgano, respecto del que el mediador es su secretario, aunque el Reglamento del Jurado establezca que el secretario del Jurado actuará con voz pero sin voto –artículo 3.5 del Reglamento del Jurado–.

4.2.2. Pronunciamiento frente a empresas no adheridas o terceros

Una vez que hemos esbozado, de forma somera, los caracteres del Jurado de Autocontrol, debe advertirse que la asunción de cualquier sistema de autorregulación ha de ser, naturalmente, voluntario para los prestadores de servicios de la sociedad de la información interesados en el mismo, no siendo, en absoluto, admisible que, de manera unilateral, la entidad promotora exija a un empresario no adherido el cumplimiento del código de conducta. Dicho en otros términos, cuando un empresario no se adhiere a un determinado sistema de autorregulación, y, con ello, al correspondiente código

ético, la entidad promotora no podrá, pues no existirá fundamento para ello, demandar su cumplimiento (109).

No obstante, cabe la posibilidad de que, en el caso de controversias planteadas, a propósito de la publicidad difundida en Internet, el Jurado de la Publicidad se pronuncie sobre conflictos que tengan como destinatarios empresas no adheridas al sistema de autorregulación. Pese a la voluntariedad del sistema, que sólo puede vincular estatutariamente a las entidades asociadas, es, como hemos anticipado, innegable la fuerza moral de la que gozan los pronunciamientos del Jurado de la Publicidad en todo el sector (110), adheridos y no adheridos al sistema.

Como, a continuación, veremos, si un tercero no asociado rechaza someterse al Jurado, éste no dictará resolución (111). No obstante, el reclamante podrá, aun así, solicitar del Jurado un dicta-

(109) Debe considerarse que los códigos de conducta carecen de un elemento esencial inherente a las normas jurídicas cual es que no resultan de aplicación general. Sobre este extremo, TATO PLAZA, A. (1997) "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 18, p. 169.

(110) SÁNCHEZ DE LEÓN PÉREZ, E. (1996) "El jurado de ética publicitaria, un ejemplo de autorregulación". En *La comunicación publicitaria. Libro de Actas de las Terceras Jornadas de Comunicación Social de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad de Vigo*, Pontevedra, pp. 131-169; BARONA VILAR, S. (1999) *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 175; VALLÉS COPEIRO DEL VILLAR, A. (2003) "Desafíos éticos de las nuevas tecnologías". En *Veracidad y objetividad: desafíos éticos en la sociedad de la información*, Fundación Coso, Valencia, p. 54; MUÑOZ SALDAÑA, M. (2004) "La autorregulación como espacio de libertad informativa: el paradigma de la comunicación comercial". En *Información, libertad y derechos humanos: la enseñanza de la ética y el derecho de la información*, Fundación Coso, Valencia, p. 231; ÁLVAREZ LATA, N. (2005) "Publicidad". En BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 163-207; DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2005) *Régimen jurídico de...*, cit., pp. 192 y 194. En contra de tal consideración, DE LA CUESTA RUTE, J. M. y NÚÑEZ RODRÍGUEZ, E. (2009) "La acertada noción de competencia desleal en la Sentencia de 13 de marzo de 2009 del Juzgado de lo Mercantil de Burgos", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, pp. 229-238.

(111) Se habla de resolución cuando la reclamación se dirige frente a un socio o a un no socio que haya aceptado la competencia del Jurado de la Publicidad.

men no vinculante sobre la publicidad del tercero no asociado. Debe insistirse en que la valoración del modélico sistema extrajudicial de resolución de conflictos se plasmará en un documento, que tomará la forma de dictamen, que expresará su opinión deontológica, y que en absoluto será vinculante para las empresas no adheridas.

4.2.2.1. Incidencia de la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2004

Teniendo en consideración que el código ético sobre el que el Jurado fundará su valoración, integra, en su articulado, tanto la normativa vigente como numerosas consideraciones de carácter ético, el dictamen emitido, a modo de opinión, no se desvincularía de lo que los órganos judiciales podrían estimar de aplicación al supuesto controvertido de la publicidad interactiva si fuese sometido a su enjuiciamiento. En cualquier caso, conviene insistir en que el dictamen es no vinculante para el prestador de servicios sobre cuya conducta se pronuncia el Jurado, teniendo, en todo momento, aquélla la libertad para actuar siguiendo sus recomendaciones o no.

Tras la SAP de Madrid, de 24 de mayo de 2004, Autocontrol, con buen criterio, modificó el Reglamento del Jurado, de forma que, en la actualidad, si un tercero no asociado rechaza someterse al Jurado, éste no dictará resolución alguna. En tal sentencia se valoraba la legalidad de la actuación del Jurado de la Publicidad consistente en dictar una resolución por la que se declaraba que un anunciante había infringido el código de conducta publicitaria.

Dicho anunciante, en el momento de dictarse la resolución, no era asociado y, asimismo, se había opuesto, de forma expresa, a que el Jurado actuase. Tanto la sentencia que comentamos como la del Juzgado de Primera Instancia interpretaron que el Reglamento del Jurado sólo podía entenderse en el sentido de que los terceros habrán tenido que manifestar su sometimiento voluntario al procedimiento del Jurado. Dicha sumisión debía ser expresa, sin que fuera admisible atribuir eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de una oferta realizada por Autocontrol relativa a que si no se manifestaba una voluntad contraria se entendía que se sometía a la actuación del Jurado. A pesar de que, en aquel momento, la alegación no prosperó, Autocontrol señaló que, aunque sus resoluciones no vinculaban a los no asociados, frente a los mismos tenían el valor de opinión cualificada, por lo que impedir su

emisión suponía cercenar el derecho a la libertad de expresión de Autocontrol.

El reclamante, sin embargo, podrá solicitar del Jurado, como hemos visto, un dictamen no vinculante sobre la publicidad on-line del tercero no asociado. Este dictamen no vinculante constituye una mera opinión deontológica de expertos en la materia, sobre la cuestión que se les plantea –en nuestro caso, insistimos, relativa a la publicidad on-line–, que no es difundida, en modo alguno, por la Asociación ni publicado en su revista o sitio *Web*. En concreto, el vigente art. 18.2 del Reglamento del Jurado señala que, en caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no asociado que en su escrito de contestación haya rechazado expresamente participar en el procedimiento ante el Jurado, la Sección correspondiente no emitirá resolución, pero podrá emitir, a solicitud del interesado, un Dictamen que exprese su opinión deontológica no vinculante acerca de la corrección de las comunicaciones comerciales realizadas (en el ámbito de la publicidad on-line) por dicho tercero no asociado.

Debe recordarse que, de estimarlo necesario, el Jurado o los órganos directivos de la Asociación, podrá darse traslado de ese dictamen no vinculante a las autoridades, como prevé el art. 32 del Reglamento del Jurado, que dispone que “los Dictámenes no vinculantes emitidos por las Secciones o el Pleno del Jurado de la Publicidad de conformidad con lo establecido en este Reglamento, serán comunicados al solicitante y, cuando el Jurado o los órganos directivos de la Asociación lo estimen conveniente, a las autoridades administrativas o judiciales competentes”.

4.2.2.2. Sugerente dilema en torno a la libertad de expresión y el acto de deslealtad en el que eventualmente puede incurrirse

Cabe plantearse, asimismo, la posible calificación como acto de competencia desleal –en concreto, acto de denigración– de la publicación –por parte de un sistema de autodisciplina en materia de publicidad on-line– de pronunciamientos adoptados frente a terceros no asociados a tal sistema de autodisciplina. Como es sabido, la Ley de Competencia Desleal condiciona su ámbito de aplicación, de acuerdo con el art. 2 de la LCD, a la existencia de actos que se rea-

licen en el mercado con finalidad concurrencial. Antes de examinar si aquella publicación constituye o no un acto de denigración, en primer lugar, analizaremos qué supuestos encajan dentro del ámbito de aplicación de la LCD.

Los pronunciamientos frente a los prestadores de servicios no adheridos no podrán reputarse actos de competencia desleal, si se entiende que el órgano de autodisciplina no perseguía con su difusión una finalidad concurrencial, por la simple razón de que no le resultaría aplicable la LCD, al no cumplirse los presupuestos previstos en su mencionado art. 2. La ilicitud de dicho acto debería ser examinada, por consiguiente, a la luz del 1902 del CC, pudiéndose reclamar los perjuicios causados al amparo del precepto apuntado. De ambas posibilidades nos ocuparemos seguidamente, dando cuenta de aquella que, en cada caso, estimamos más apropiada. Naturalmente, como cualquier valoración jurídica, queda sometida a cualquier otra mejor fundada.

Como, a continuación, veremos, los comportamientos que manifestamos, dependiendo de si el pronunciamiento del órgano de autodisciplina presenta finalidad concurrencial, podrán ser considerados un acto de competencia desleal, mientras que de no ser así –carecen de fines concurrenciales– y ser comportamientos que, de alguna manera, perjudiquen el buen nombre o reputación del prestador de servicios no adherido, los daños y perjuicios ocasionados serán susceptibles de ser reclamados al amparo del art. 1902 del CC.

Cabe anticipar que los resultados no serán muy divergentes aplicando uno u otro criterio. En este sentido, debe entenderse que una publicación con afirmaciones exactas, verdaderas y pertinentes no sería ilícita ni aplicando la LCD ni a tenor del CC, y viceversa, ya que una publicación con alusiones personales debería considerarse ilícita, con independencia de que fuera examinada a la luz del 1902 del CC o del art. 9 de la LCD.

La clave para, como hemos manifestado previamente, saber si, de acuerdo con el art. 2 de la LCD, nos encontramos ante un acto de competencia desleal es que el mismo se realice en el mercado y con una finalidad concurrencial. A tenor del art. 2.2 de la LCD, se presumirá la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias concurrentes en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

Así, la exigencia de realización en el mercado es, en última instancia, un requerimiento de trascendencia externa. Deben reputarse realizados en el mercado, a estos efectos, aquellos comportamientos que trascienden del ámbito meramente privado de su autor, cuya eficacia no se agota en el ámbito interno de la organización de su autor o que están encaminados a posibilitar otros de trascendencia externa como los actos preparatorios. Trascendencia externa debe, por tanto, ser entendida como repercusión de la conducta en el mercado. Resulta indiferente, en principio, que la conducta realizada constituya una actividad comercial o no, dado que lo esencial es el potencial ataque a la competencia (112). Como relata la SAP de Cantabria de 9 de noviembre de 1994, el concepto de mercado presente en la LCD parece más económico que jurídico, manifestando que "por actuación en el mercado debe entenderse cualquier actuación que incida real o potencialmente en las relaciones económicas y en la adopción de decisiones por los agentes económicos".

Posee finalidad concurrencial toda acción que, en sí misma considerada o en atención a las circunstancias del caso, está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado –sea la propia o la de un tercero, concepto que, en este ámbito, incluye tanto a una determinada persona física o jurídica como a un grupo de operadores económicos y a un sector o segmento entero de la economía, sea en el lado de la oferta o en el de la demanda– y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado. Se trata, por consiguiente, de un elemento estrechamente relacionado con el anteriormente examinado, pues la realización en el mercado expresa la aptitud de la conducta para influir en la estructura y relaciones del mercado, por el hecho de trascender al ámbito del sujeto que la lleva a cabo, mientras que la finalidad concurrencial expresa la efectiva realización de la conducta con el proceso de intercambio de bienes y servicios en el mercado. La finalidad concurrencial no se requiere con carácter exclusivo.

La presencia de la finalidad concurrencial en un determinado comportamiento depende, en suma, de las consecuencias que produzca o pueda producir en el mercado, es decir, de los efectos que

(112) MASSAGUER FUENTES, J. (1999) *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid.

despliega o puede desarrollar sobre la posición de los operadores y la formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, de las que son parte dichos operadores, precisamente, en cuanto partícipes en el mercado y deberá afirmarse de toda conducta que se encuentre dirigida a alterar dicha posición o influir en la formación o desenvolvimiento de dichas relaciones. De ahí que la apreciación de la finalidad concurrencial de un determinado comportamiento demande un esfuerzo por concretar el mercado relevante, esfuerzo que, dicho sea de paso, no deja de ser el exigible y necesario para la debida comprensión del supuesto de hecho. Y de ahí que, asimismo, deba efectuarse un pronóstico, modesto y básico, de la evolución probable de la situación del mercado y de las relaciones que se establecen en el mismo.

Aunque aparece como elemento autónomo en la LCD, la finalidad concurrencial se encuentra estrechamente ligada a la trascendencia externa, pues de la realización en el mercado se presume finalidad concurrencial, hecho que concreta un grado más la delimitación del elemento objetivo del acto de concurrencia (113).

Para que pueda apreciarse la existencia de finalidad concurrencial bastará, siendo éste el objeto de la presunción legal, que el comportamiento considerado –y realizado en el mercado– resulte objetivamente idóneo como para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, es decir, objetivamente adecuado como para influir en la estructura y procesos del mercado, sea actualmente sea en el futuro –los actos preparatorios de una actividad realizada en el mercado y que están orientados a su promoción o aseguramiento tienen, igualmente, finalidad concurrencial–.

Aunque la LCD se extiende a todas las actividades económicas en sentido amplio –cualquiera que sea la iniciativa y la finalidad a que obedezcan–, el Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación de la LCD, iniciada en la STS de 15 de abril de 1998, seguida por numerosas Audiencias

(113) DE LA VEGA GARCÍA, F. L. (2001) *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial. Resarcimiento del daño causado al competidor*, Civitas, Madrid.

Provinciales cuyos fallos revelan su alineación con tal postura ciertamente restrictiva (114).

En cuanto al primer grupo de comportamientos apuntados –que merecerán la consideración de desleales, por cumplirse los requisitos del art. 2 de la LCD–, el art. 3 de la LDC sanciona determinadas actuaciones de competencia desleal que podrán entrar dentro del campo de conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia, cuales son los actos de denigración de competidores que, por falsear de manera importante la libre competencia, afectan al interés público. Dentro de semejante apreciación legal cabría subsumir conductas que podrían plantearse en materia de autorregulación de la publicidad on-line, como, por ejemplo, podría ser que el órgano competente, en materia de resolución de litigios del sistema de autorregulación, pudiera, al amparo del código de conducta, pronunciarse, ante presuntas vulneraciones de este último, frente a prestadores de servicios no adheridos, haciendo pública la consideración que tal práctica, a su juicio, merece, acompañada, además, de afirmaciones relativas al ámbito estrictamente privado del competidor con fines concurrenciales. En cuanto a tal práctica, ya avanzamos que ilícita, habrá de analizarse dos cuestiones. Por un lado, el carácter de las afirmaciones en las que incurra –que no olvidemos que, en el supuesto que esgrimimos, irá acompañadas de aseveraciones relativas al ámbito estrictamente privado de la empresa a la que se refieren– y, por otro, la finalidad con la que tal conducta se realice –que, en esencia, será denigrar al competidor–.

Respecto al posible grupo de conductas desleales con fines concurrenciales que perjudicarán a los empresarios competidores, nos referiremos a los denominados, en virtud del art. 9 de la LCD, actos de denigración. El sujeto que incurrirá en tal ilícito será el sistema de autorregulación que realice la conducta denigratoria –a la que, a continuación, nos referiremos– sobre un competidor no adherido a aquél.

Los actos de denigración, al amparo del art. 9 de la LCD, son aquellos consistentes en la difusión de manifestaciones aptas para

(114) A respecto pueden citarse, ente otras muchas, las SAP Granada de 10 de marzo de 2001, SAP Madrid de 28 de febrero de 2003, SAP Asturias de 8 de abril de 2003, SAP Madrid de 25 de mayo de 2004, SAP Lugo de 18 de junio de 2004 y SAP Madrid de 2 de julio de 2004.

menoscabar el crédito y buena fama de un tercero (prestador de servicios de la sociedad de la información) en el mercado. Sin embargo, es conveniente poner de relieve que no se considera denigración verter afirmaciones que, aunque peyorativas, sean exactas, verdaderas y pertinentes –*exceptio veritatis*– reflejo del modelo social de la LCD, en el que el interés privado del competidor en no verse denigrado cede a favor del interés público en conocer (115).

La jurisprudencia actual reconoce, en este último sentido, que el prestigio profesional y empresarial puede formar parte del honor protegido por el art. 20 de la CE y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen –STC de 14 de diciembre de 1992 y STS de 18 de noviembre de 1992 y de 22 de enero de 1999–, aunque prevalece sobre el mismo la libertad de información –STS de 22 de enero de 1999–.

Ahora bien, el precepto de la LCD del que nos ocupamos aclara que, aunque resulte cierta, no será leal, por impertinente, una afirmación que se refiera al ámbito estrictamente privado del competidor –al margen de su actividad mercantil– cuando sea denigratoria como, acertadamente, ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia –entre otras, la STS de 20 de marzo de 1996–. Tales manifestaciones estrictamente personales, de un lado, forman parte de la esfera puramente privada del operador económico y, de otro, no influyen, en modo alguno, en la actividad empresarial o profesional del sujeto aludido. Se consideran manifestaciones de carácter estrictamente personal aquellas que, como su propio nombre indica, aluden a condiciones relacionadas con la esfera personal e íntima del tercero afectado. A este respecto un sector de la doctrina (116) entiende que el párrafo segundo del art. 9 de la LCD guarda similitud con el art. 3 a) de la LGP que reputa ilícita la publicidad que

(115) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1988) *La competencia desleal*, Civitas, Madrid; FERNÁNDEZ-NOVOA, C. (1991) "Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal", *La Ley*, núm. 2, pp. 1179-1184; LARA GONZÁLEZ, R. (2007) *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Thomson Civitas, Navarra.

(116) OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J. (1994) *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra.

atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores o derechos reconocidos en la Constitución Española.

Lo que, en cualquier caso, caracteriza a la denigración como acto de competencia desleal es que en ella la difamación de la persona o la diatriba contra los productos o los servicios de otro competidor tienen como finalidad el desprestigio que pueda originarse para el perjudicado, precisamente en cuanto empresario, ante el público consumidor (117). Ello diferencia la denigración comercial de los delitos de injuria o de calumnia. Un acto de denigración puede ser, además, en el orden penal, alguno de estos delitos. Pero, sin embargo, no todo acto injurioso o calumnioso debe calificarse como denigratorio, en el sentido de la disciplina de la deslealtad, si falta en él esa finalidad de perjudicar al competidor, precisamente, en su condición de empresario y en su prestigio ante la clientela. Las ofensas al honor, cuando están movidas por impulsos ajenos a la lucha comercial, pueden llegar a ser delitos comunes, pero no actos de competencia desleal.

No obstante, pueden existir supuestos en los que el conocimiento de datos relativos a la esfera íntima o privada de las personas puede ser relevante para la toma racional de una decisión de consumo. Por ello, en aras a proporcionar al mercado una información que permita maximizar utilidades –interés público legítimo–, se ha llegado a sostener que la regla general de la impertinencia de las manifestaciones de carácter estrictamente personal no pueden implicar una condena *a limine* de toda manifestación de dicho carácter, sino únicamente la de aquéllas que carezcan de una conexión relevante con la actividad con la que se concurre en el mercado.

Tales conductas son las que merecen un reproche de ilicitud, siendo sancionadas en tal sentido en la LCD. Resultan, en todo caso, inadmisibles comportamientos provenientes de sistemas de autorregulación que, en pro de la defensa del sector en el que se mueven, con conductas de todo punto inaceptables, pretendan menoscabar con fines concurrenciales, a cualquier precio, la reputación de

(117) BAYLOS CORROZA, H. (1993) *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica y disciplina de la competencia desleal*, 2.ª edición, Civitas, Madrid.

un competidor. Tales comportamientos, además, suponen, o pueden llegar a generar, un descrédito –absolutamente inmerecido– de los sistemas de autorregulación que existen.

Naturalmente, tales actuaciones deben ser netamente diferenciadas de otras que, a pesar de presentar ciertas similitudes, son muy heterogéneas. El supuesto al que aludimos se refiere al caso en el que el organismo de control se pronuncie sobre la licitud o ilicitud de comportamientos publicitarios en el ámbito on-line o, en su caso, contractuales, a tenor del código de conducta adoptado por el sistema de autorregulación, en el que aquél órgano desarrolle su labor de resolución de litigios sin fines concurrenciales. Tal conducta, en principio, no debería suscitar problema alguno si la entidad sobre la que la resolución verse fuera una entidad adherida al sistema de autodisciplina –extremo sobre el que ya nos hemos ocupado–. El problema surgiría cuando la empresa cuya conducta se enjuicia no está adherida al sistema. Ahora bien, el contenido de los pronunciamientos emitidos, insistimos que sin fines concurrenciales, por el órgano de resolución de litigios, con respecto al prestador de servicios no adherido al sistema de autodisciplina, serán afirmaciones exactas, verdaderas y pertinentes, sin incurrir, en absoluto, en descalificaciones de ningún tipo. Es en este supuesto en el que cabe encuadrar al Jurado de la Publicidad cuyos pronunciamientos, tanto en el caso de las empresas adheridas como de las no adheridas que reconozcan su competencia, merecerán la consideración de resolución, mientras que si las empresas no adheridas se oponen al conocimiento del asunto por parte del Jurado y el reclamante insiste, el Jurado podrá emitir un dictamen, en cualquier caso, no vinculante.

La intervención del Jurado, en todo caso, es posible en virtud al derecho de libertad de expresión, reconocido en el art. 20 de la CE –donde se protege una libertad ideológica que tiene tácitamente también por objeto la expresión y difusión de creencias y juicios de valor–, si bien, a juicio de algunos, podría, en ciertos supuestos, considerarse que tales actuaciones podrían denigrar el nombre o reputación de las empresas no adheridas. En este último supuesto, los daños y perjuicios reclamados, de concurrir los presupuestos necesarios, podrán reclamarse al amparo del art. 1902 del CC. Como es sobradamente conocido, el art. 1902 del CC impone el deber de indemnizar a toda persona que, por acción u omisión, causa un daño a otra interviniendo culpa o negligencia.

Cabe destacar, de manera muy breve, que la jurisprudencia en ciertas resoluciones –cual es la STS de 3 de febrero de 2005– afirma la licitud de determinadas conductas operadas en el mercado –cuya ilicitud pretendía, por parte del demandante, ponerse de relieve con fundamento en la LCD y, de manera subsidiaria, según el art. 1902 del CC– no en base a la libertad de expresión, sino en virtud del canon razonable de la veracidad utilizado, desde la STC 6/1988, de 21 de enero, como instrumento estándar para resolver las tensiones entre la libertad de información/expresión y los derechos de la personalidad –entre los que la jurisprudencia no ha tenido reparos en incluir la protección de la reputación comercial (118)–.

La indemnización esencialmente consiste en una subrogación pecuniaria del daño real y efectivamente causado que debe satisfacerse cuando no sea posible una reparación *in natura* o cuando el perjudicado optara por ella. Aunque, *a priori*, podría estimarse que resarcimiento e indemnización se identifican, existen ciertas diferencias entre tales términos (119). Así, la indemnización sería la concreción del resarcimiento, por lo que aquélla es posterior a éste. De este modo, podemos entender que el resarcimiento constituiría la categoría general, mientras que la indemnización debería contemplar las causas precisas que, en cada supuesto, reducirían o ampliarían el resarcimiento.

En relación con su contenido, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido –daño emergente o *dannum emergens*–, sino, además, el de la ganancia que el acreedor haya dejado de obtener –lucro cesante o *lucrum cessans*– reconocido en el art. 1106 del CC. Este último precepto, aunque en sede de responsabilidad civil contractual, resulta aplicable a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual

(118) ARAGÓN REYES, M. (2001) "El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información". En MORODO LEONCIO, R. y DE VEGA, P. (Coords.), *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Vol. 3, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 1505-1528; RUBÍ PUIG, A. (2005) "Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS de 3.2.2005", *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 291, pp. 1-10.

(119) DE CUPIS, A. (1975) *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona.

(120). En cualquier caso, debe entenderse que ambas manifestaciones –el daño emergente y el lucro cesante– deben derivarse de un daño que sea cierto y personal (121).

El deber de reparar el daño causado, que establecen los arts. 1902 y concordantes, es una obligación constitutiva de una sanción y lo es porque deriva, según la propia calificación del Código civil de acuerdo con una tradición multisecular –ex art. 1089 vs. 1887 del CC–, de un acto ilícito que no es sino un acto indebido, es decir, un acto constitutivo de la infracción o contravención de un deber que, como tal, presupone la existencia de éste y que, en este supuesto, no es otro que el deber general de respetar los intereses protegidos o las situaciones protegidas por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente procesal, el art. 1902 del CC podría mostrarse insuficiente, para configurar modalidades de tutela jurisdiccional aptas para una protección eficaz de la lealtad de la competencia, ya que dicho precepto únicamente sirve para fundamentar una tutela de condena a indemnizar los daños y perjuicios ya producidos, si bien no parece ofrecer base suficiente como para, sobre el mismo, articular una tutela preventiva mediante resoluciones de condena de abstención (122).

Por otro lado, pero interrelacionado con cuanto acabamos de precisar, debe repararse en el hecho de que fundamentar la tutela jurisdiccional civil en el art. 1902 del Cc supone ciertas limitaciones, en relación a los sujetos que podrían impenetrarla, es decir, en materia

(120) CARRASCO PEREDA, A. (1989) "Comentario al artículo 1106 del Código Civil". En ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo 15, Vol. 1, Edersa, Madrid; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993) *Tratado de responsabilidad civil*, Universidad de Deusto y Civitas, Madrid; Díez-PICAZO, L. (1999) *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

(121) ROGEL VIDE, C. (1977) *La responsabilidad civil extracontractual: introducción al estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid; PANTALEÓN PRIETO, F. (1993) "Comentario al art. 1902 del Código Civil". En *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1971-2003; YZQUIERDO TOLSADA, M. (1993) *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. 1, Reus, Madrid; PUIG BRUTAU, J. (1994) *Compendio de Derecho Civil*, Vol. 2, Bosch, Barcelona; LE TOURNEAU, P. y CADIET, L. (1996) *Droit de la responsabilité*, Dalloz, París; ROCA, E. (1996) *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(122) FONT GALÁN, J.I. (1987) *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid; BELLIDO PENADÉS, R. (1998) *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada.

de legitimación, quedando la tutela jurisdiccional de la lealtad en la competencia en manos de los titulares de los derechos subjetivos perjudicados, dejando parcialmente desprotegidos los intereses colectivos de los consumidores y el interés general en una adecuada ordenación de la economía.

Entendemos que, del mismo modo que cualquier persona, física o jurídica, puede expresar libremente su opinión sobre un asunto de interés público, incluso cuando tal valoración suponga un reproche o crítica a la adecuación de un tercero, no cabe negar o, incluso, prohibir la posibilidad de que una asociación empresarial que representa a una buena parte de la industria de que se trate –como es la publicitaria en el ámbito on-line– exprese su opinión sobre la corrección, ética y deontológica, de un asunto de interés público –como podría ser una cuestión que afecta a los consumidores y/o usuarios en el escenario on-line–, aunque aquella opinión suponga un reproche ético o deontológico frente a la conducta realizada.

Como establece el propio TC, en diversas resoluciones judiciales (123), el derecho a la libertad de expresión “tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor”. En otras palabras, la libertad de expresión es el derecho a través del cual se proyecta la libertad ideológica en su vertiente positiva: expresar libremente los pensamientos e ideas (124). El derecho a la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (125), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe “sociedad democrática”.

(123) Así, entre otras, las STC 6/2000 de 17 de enero, STC 49/2001 de 26 de febrero, STC 204/2001 de 5 de octubre y STC 20/2002 de 28 de enero.

(124) PÉREZ ROYO, J. (2005) *Curso de Derecho Constitucional*, 10.^a edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

(125) En este sentido, las STC 6/2000 de 17 de enero, STC 49/2001 de 26 de febrero y STC 204/2001 de 5 de octubre.

A juicio de ciertos autores (126), cabe considerar que los pronunciamientos de sistemas de autorregulación frente a entidades no adheridas a los mismos va más allá de una simple opinión, ya que tales valoraciones pueden proceder de un sistema de autorregulación –caso de Autocontrol– que ostenta una determinada credibilidad, mayor o menor, que, a su vez, le otorga la categoría de sujeto cualificado gozando, además, de publicidad. Así, por ejemplo, el parecer del Jurado de la publicidad –que resuelve conflictos sobre publicidad en el ámbito de Autocontrol–, por consiguiente, es un juicio formulado sobre hechos y fundado en normas producidas en el seno de una institución social a la que se le reconoce legitimidad para expresar opiniones de tal índole.

Tales pronunciamientos no serán, en absoluto, vinculantes para la empresa no comprometida con el código ético, pudiendo entenderse que son posibles, como hemos adelantado, en virtud del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido por el art. 20 de la Constitución Española –donde se protege una libertad ideológica que, como determina cierto sector de la doctrina (127), tiene tácitamente también por objeto la expresión y difusión de creencias y juicios de valor– si bien, como seguidamente veremos, existen opiniones discrepantes con la postura que sostenemos.

En efecto, un sector de la doctrina (128) entiende que este sistema podría llegar a romper el principio de voluntariedad de los sistemas de autorregulación por dos motivos. Por un lado, debido a que el sistema permite al Jurado de la Publicidad enjuiciar los in-

(126) DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2005) “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, pp. 11-36.

(127) ALZAGA VILLAMIL, O. (2002) *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*, 3.ª edición, Vol. 2, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

(128) DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2004) “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 94, pp. 87-116; ALVARADO HERRERA, L. (2007) “La autorregulación en la publicidad realizada por medios electrónicos: algunas reflexiones sobre confianza on-line”. En MADRID PARRA, A. (Dir.), y GUERRERO LEBRÓN, M. J. (Coord.), *Derecho Patrimonial y Tecnología. Revisión de los principios de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación Electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 475-488.

cumplimientos del código ético por parte de empresas no adheridas y, por otro, porque, con tal comportamiento, podría crearse una suerte de corriente a favor de la incorporación a los códigos éticos que comentamos, de manera que, según tal interpretación, los no adheridos podrían ser considerados sospechosos.

No compartimos, sin embargo, tales apreciaciones. En cuanto a la consideración de que el sistema creado por el sistema de autorregulación que analizamos posibilita el enjuiciamiento de presuntos incumplimientos del código deontológico que, entre otras materias, disciplina la publicidad on-line –además del código de conducta publicitaria, cabe referirse a los códigos sectoriales que disciplinan esta materia– por parte de empresas no adheridas, debemos advertir, como hemos visto, que los pronunciamientos que el Jurado puede emitir, frente a empresas no comprometidas con el código ético, constituyen, en caso de que el no asociado se niegue a participar en el procedimiento, dictámenes no vinculantes que, además, no son publicitados, siendo posible la emisión de los mismos en virtud del ejercicio de la libertad de expresión.

Asimismo, cierto sector doctrinal (129) dispone que los sistemas de autodisciplina podrían pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de normas éticas, por parte de entidades no adheridas, cuando aquéllos se desarrollasen en cooperación con las Administraciones Públicas, siendo concebidos, por la propia normativa legal, como mecanismos de verificación de la legislación publicitaria.

Tales valoraciones, como hemos señalado, tienen el valor de meras opiniones efectuadas al amparo del derecho a la libertad de expresión del art. 20 de la Constitución Española. No resultan, en absoluto, vinculantes para las empresas no adheridas al sistema de autorregulación, debiendo ser conceptualizadas como apreciaciones de situaciones controvertidas en el ámbito de la publicidad on-line efectuadas por parte de un órgano de la más alta autoridad e independencia.

4.2.2.3. Supuestos planteados en el ámbito interactivo

Las resoluciones dictadas sobre publicidad interactiva, frente a las entidades no adheridas, se han sucedido desde los orígenes de

(129) DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2005) *Régimen jurídico de...*, cit., p. 194.

Autocontrol –al amparo del código de conducta de Confianza Online, pero también de otros sectoriales que, directa o indirectamente, aluden a tal cuestión– hasta la actualidad (130).

(130) Los pronunciamientos del Jurado que tienen como destinatarios a empresas no adheridas, entre otras muchas, son: la resolución del Jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial de 9 de octubre de 2003, caso "Recovery Labs vs. Datex DSM, SA"; resolución de 24 de mayo de 2004, caso "Dell II"; resolución de 9 de febrero de 2005, caso "Quién es Bertoni"; resolución de 16 de junio de 2005, caso "Proyector Epson"; resolución de 18 de enero de 2007, caso "Travel Club"; resolución de 21 de febrero de 2007, caso "Residencia Virgen del Carmen"; resolución de 2 de marzo de 2007, caso "Dolce&Gabbana"; resolución de 7 de marzo de 2007, caso "Particular vs. Air Millar "Trabel Club"; resolución de 12 de marzo de 2007, caso "Equipos Informáticos Infor-Ibérica, SA"; resolución de 28 de junio de 2007, caso "Ser vs. Cope"; resolución de 22 de noviembre de 2007, caso "Frutas Coapa, SL (Confianza Online) vs. Sobre Naranjas ("Naranjas lola"); resolución de 15 de enero de 2008, caso Autocontrol (Setsi) vs. Luk Internacional ("Shin Chan"); resolución de 23 de enero de 2008, caso Particular (OMIC Uribe Kosta) vs. DADA IBERIA, SL; resolución de 25 de septiembre de 2008, caso Particular vs. Clickair, SA; resolución de 28 de enero de 2010, caso Particular vs. Desigual "Complementos"; resolución de 28 de febrero de 2008, caso Particular vs. Canalmail; resolución de 14 de mayo de 2008, caso Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Hostel SotoPalacio; resolución de 29 de enero de 2009, caso Particular vs. OKI Systems Ibérica, S.A.U.; resolución de 21 de mayo de 2009, caso Particular vs. Jet Multimedia España, SA "Descubre los secretos de tu pareja"; resolución de 18 de septiembre de 2009, caso Nobilis Ibérica SA "Secret Flirt"; resolución de 4 de febrero de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL "Small Car Door Magnets"; resolución de 4 de febrero de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL "Wall Calendar for free"; resolución de 24 de febrero de 2010, caso Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid vs. Cybernet Entertainment LTD; resolución de 15 de abril de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL "T-Shirt"; resolución de 20 de abril de 2010, caso "Particular vs. Interactive 3G SL"; resolución de 20 de abril de 2010, caso Particular vs. Interactive 3G SL "MYBYP.NET"; resolución de 7 de junio de 2010, caso Consorcio Extremeño de Información al Consumidor (CMC La Vera) vs. Sinertec Comunicación, SL; resolución de 6 de julio de 2010, caso Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Protein, SA "Colnatur"; resolución de 23 de septiembre de 2010, caso Particular vs. Hotel Torres I-Novatur 2000, SL; resolución de 28 de octubre de 2010, caso "Particular vs. Vistaprint "Mega Rebajas"; resolución de 18 de noviembre de 2010, caso particular vs. Grandes Almacenes Fnac España, S.A.U. "Fnac.Es-Portatil Apple Macbook Pro" –que erróneamente se men-

Respecto a los motivos por los que se han presentado reclamaciones ante el Jurado, destacan, entre otros, el envío no solicitado de comunicaciones comerciales vía correo electrónico, SMS -*Short Message Service*-, MMS -*Multimedia Messaging System*-; inobservancia de medidas de tutela del colectivo menor de edad; incumplimiento de las normas sobre promociones publicitarias interactivas; ejercicio de derechos de oposición al tratamiento de los datos personales -como la solicitud de baja de *newsletter*-; infracción de la veracidad de la publicidad; violación de los derechos de propiedad intelectual e industrial; y vulneración del principio de no discriminación en la publicidad por motivos de raza, sexo, orientación sexual, convicciones religiosas o políticas o cualquier otra circunstancia personal o social.

Como adelantamos, aunque la empresa no esté adherida al sistema que analizamos, puede aceptar el contenido de la resolución, retirando, rectificando o corrigiendo la publicidad on-line objeto de la reclamación. Naturalmente, también puede oponerse al pronunciamiento o, incluso, no contestar. Debe repararse en que, dado que no está comprometida con el sistema de autodisciplina, podrá aceptar su contenido de manera plenamente voluntaria.

4.2.2.4. Distinción de otros supuestos

El caso que acabamos de examinar debe diferenciarse netamente de aquel otro en el que los actos que son objeto de valoración, por parte del Jurado de la Publicidad, versan sobre comportamientos de empresas que, cuando tuvieron lugar, formaban parte del sistema de autorregulación, en el que el citado órgano extrajudicial

cional como no adherida, por parte del Jurado de la Publicidad, a pesar de que sí lo está-; resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Rumbo ("Crucero Grand Mistral 1"); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Logitravel ("Crucero Grand Mistral 2"); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Logitravel ("Crucero Grand Mistral 3"); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Samsung ("Samsung sácale partido al equipo ganador"); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Privalia Venta Directa, SL; y resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Planeta ECommerce Network, SL "Mil millones de mejillones"; resolución de 5 de mayo de 2011, caso Particular vs. Vistaprint España, SL ("Business Cards").

de resolución de controversias tiene legitimidad para actuar, pero que, con independencia del motivo, la empresa posteriormente haya estimado oportuno abandonar el sistema de autodisciplina. Nos encontramos, por consiguiente, ante un supuesto en el que la entidad estuvo adherida al sistema de autorregulación, realizando, durante tal período, un comportamiento vulnerador del código de conducta imperante, optando, en ejercicio de la libertad de la que goza, por abandonar el sistema de autocontrol.

Tal situación fue objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 de noviembre de 2006. Los laboratorios farmacéuticos *Ratiopharm* España SA presentaron una demanda contra Autocontrol y Farmaindustria por entender que el hecho de que el Jurado de la Publicidad hubiese continuado un procedimiento sancionador y hubiese dictado una resolución en su contra, cuando ellos ya habían comunicado, al inicio de la tramitación de la reclamación, su baja en Farmaindustria, constituía una infracción del derecho constitucional de asociación, en su vertiente de libertad negativa a abandonar la asociación. En consecuencia, solicitaban que los correspondientes procedimientos y resoluciones del Jurado fuesen declarados nulos.

Con relación al fondo del asunto, tras examinar los expedientes tramitados por el Jurado de la Publicidad, el órgano judicial declaró que tales expedientes se referían a hechos pretéritos cometidos por la actora con anterioridad a su abandono de la Asociación, es decir, mientras la demandante permanecía como asociada a Farmaindustria y, por consiguiente, la baja de la actora no podía tener efectos retroactivos, ya que dispone "que quien ha ingresado voluntariamente en una asociación, asumiendo en bloque sus normas estatutarias a las que quedó sometido: no le es dable ir retroactivamente en contra de sus propios actos; pues ello supone un evidente fraude de Ley que se da cuando con un acto con apariencia legal, viola el contenido ético del precepto legal en que se ampara. Lo manifestado por la actora conllevaría a la inconsistencia de que el Jurado no pudiera pronunciarse sobre ningún expediente sancionador; pues bastaría al expedientado con causar baja y frustrar así los principios asociativos y estatutarios lo que es contrario a toda lógica y permítasenos la expresión vulgar es cambiar las reglas del juego en medio del partido, y dejar el cumplimiento de una obligación al arbitrio de una de las partes lo que es contrario al artículo 1256 del Código

Civil". Y concluye sintetizando lo antedicho: "cierto es el derecho a abandonar la asociación pero el derecho no puede ejercerse en abuso de eludir consecuencias jurídicas a las que estaba sometido".

Por los motivos expuestos, la demanda fue rechazada con costas condenando a *Ratiopharm* a abonar la multa impuesta por el Jurado de la Publicidad en aplicación del código de conducta de Farmaindustria. De nuevo, a través de esta resolución judicial, se reconoce el carácter vinculante de los códigos de conducta, para aquellos que voluntariamente se someten a los mismos, así como de los procedimientos en ellos establecidos, evitando que, a través de un sistema tan sencillo, como solicitar la baja de la asociación a la que se encuentra adherida, una empresa pueda eludir el sometimiento al órgano extrajudicial de resolución de conflictos establecido por hechos acaecidos mientras todavía se encontraba voluntariamente sometido al mismo.

5. La vía judicial como alternativa frente a la desobediencia de la resolución del Jurado

Puede suceder que, aunque el Jurado se haya pronunciado en la resolución solicitando el cese o rectificación de la publicidad, el reclamado se niegue a cumplirla. En ese supuesto, para alcanzar el fin perseguido, habrá que acudir a los Tribunales de Justicia. En el procedimiento judicial que, al respecto, se plantee únicamente se discutirá sobre la ilicitud de la publicidad controvertida. En otras palabras, por parte del órgano judicial no se resolverá la posible validez del pronunciamiento del Jurado de la Publicidad (131).

Como bien manifiesta la doctrina (132) que se ha ocupado sobre esta sugerente cuestión, el fallo judicial que se dicte nunca será, desde una perspectiva estrictamente formal, confirmatoria del pro-

(131) En relación a esta sugerente materia, RETORTILLO ATIENZA, O. (2009) "La paulatina definición del contorno en el que ha de desenvolverse la autorregulación publicitaria: en torno a la SAP de Madrid de 29 de abril de 2008", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 5, pp. 251-266, cuando los Tribunales son llamados a intervenir, deben entrar a conocer y juzgar las cuestiones planteadas, con independencia de que lo haya hecho previamente el Jurado de la Publicidad.

(132) REBOLLO PUIG, M. (2010) "La resolución extrajudicial de...", cit., pp. 358-360.

nunciamiento del Jurado. Diferente será que coincida con la misma que, dicho sea de paso, será relativamente probable, si bien será ajena al objeto del proceso.

Siguiendo a la corriente doctrinal apuntada, respecto a la aplicación de la normativa, el órgano judicial no podrá tener en consideración los códigos deontológicos que el Jurado tuvo en cuenta en su pronunciamiento. *A sensu contrario*, únicamente podrá aplicar las normas, legales y reglamentarias, que sean aplicables a la publicidad de que se trate.

**DICTAMINA,
QUE ALGO QUEDA**



DICTAMINA, QUE ALGO QUEDA

Víctor M. Garrido de Palma

En el número anterior de la Revista se formularon algunos interrogantes acerca de la Donación con la cláusula de Reserva de la Facultad de Disponer (RFD) de algunos de los bienes donados del art. 639 CC. Ahora toca considerar posibles respuestas y ello lo voy a realizar con ampliación de los interrogantes a fin de abarcar un estudio más amplio y profundo de la problemática.

- ¿Cabe la RFD de todo el bien donado?
- ¿Y de todos los bienes donados, no solo de algunos?
- ¿La R. puede establecerse en favor de persona distinta del donante?
 - En puridad, ¿existe Reserva en la cláusula en estudio?
 - ¿El donatario puede disponer de los bienes incluidos en la cláusula de RFD? ¿Es posible la prohibición de disponer por el donatario; con qué efectos en su caso?
 - ¿Es posible la RFD *mortis causa*? ¿Y a título gratuito?
 - La facultad de disponer ¿es transmisible *inter vivos*; *mortis causa*?

INTRODUCCIÓN

Sin incurrir en peticiones de principio, porque voy a fundamentar mis apreciaciones, considero que: en esta donación el donatario adquiere la propiedad del bien o de los bienes donados, por lo que puede disponer con los efectos y consecuencias que diré, y siempre salvo que además se haya establecido la prohibición dispositiva. La facultad de disponer reservada no constituye reserva en puridad: se trata de una facultad nacida de la cláusula así establecida, facultad nueva sobre bienes ajenos que el donante ha donado al dona-

tario. Facultad que si el donante ejerce queda revocada la donación al transmitirse su objeto al nuevo adquirente, lo que no constituye condición resolutoria alguna. Por último, el contenido y la amplitud de la llamada RFD (aparte lo apuntado, si cabe establecer plazo, causas específicas de ejercicio, si es posible la RFD *mortis causa*, si cabe o no la transmisión de la FD por el donante) se verá a continuación.

1. “*Donner et retenir ne vaut*”. Pero el art. 639 posibilita que la RFD sea de algunos: si dono pero me reservo la facultad dispositiva sobre algo de lo donado, conjugo lo que representa la donación, negocio dispositivo de transmisión patrimonial con el poder, la facultad dispositiva, pero no de todo lo donado.

Una reserva casi total –99 de 100– supone un fraude de ley. Tanto en este caso como en el de la reserva total falta la definitiva voluntad de donar.

Si la donación es de un solo objeto, cabe siempre la reserva parcial; incluso si el objeto es indivisible puede concretarse la reserva a una parte indivisa o es factible la constitución de un derecho real.

Es posible que en la doctrina sea mayoritaria la tesis de la RFD total, pero dejo expuesto mi enfoque, así como la *ratio* inspiradora del texto del art. 639 (que ya apunté en el número anterior de la Revista; como también una concreta excepción a mi enfoque, citando a RODRÍGUEZ ADRADOS).

El Tribunal Supremo también se ha mostrado contrario a la RFD total (S. de 22-marzo-1993: sería contradictoria con la idea de donación, con su efecto traslativo de dominio).

Y también es contraria la D.G.R.N. En un supuesto de RFD total y del usufructo de lo donado deniega la inscripción de tal cláusula “por ser contraria al art. 639 CC” (R. de 28-julio-1998; en contra BOLÁS ALFONSO: al existir en tal supuesto transmisión de la nuda propiedad y haber gratuidad, puesto que falta contraprestación). En igual sentido denegatorio, el auto de la Audiencia Territorial de Madrid de 11-mayo-1983.

2. En puridad en la donación con RFD no existe reserva de la FD: no se desmembra, no se desgaja el dominio de lo donado, no hay *deductio*. Se transmite *in toto*, naciendo un derecho real

nuevo, el de disponer sobre bien o bienes ajenos, que inscrito en el Registro de la Propiedad produce sus efectos *erga omnes* de modo total.

3. Su efecto es revocatorio *ex nunc*: privar del dominio al donatario o al de quien éste traiga causa. El donante pudo no donar, pudo hacerlo sin más, pudo donar el usufructo, pudo donar con cláusula de reversión recuperando lo donado para sí o estableciendo la reversión en favor de otras personas (ex art. 641 con los límites en este precepto señalados), pero si ejercita la FD reservada, disponiendo, transmitiendo a otra persona, queda sin efecto la donación que realizó y opera plenos efectos la transmisión ahora efectuada.

4. Lo que no supone algo constitutivo de condición: ni suspensiva pues la donación produjo su eficacia transmisiva, ni resolutoria con efecto *ex tunc*. Constituido el poder o facultad, *ius in re aliena*, el donante puede revocar la donación (la cláusula, fruto de la autonomía de la voluntad que con la limitación ex art. 639 se permite, está en la línea de los supuestos de revocación de donaciones por las causas de los art. 644, 647 y 649; la ley así lo permite en este singular negocio jurídico, como permite al testador revocar su testamento/tos, ejerciendo en definitiva un poder sobre algo que ha realizado sí, pero con unos caracteres, contenido y repercusión que se admite por ella que sigan estando dentro del margen de voluntad admisible del *auctor* negocial). En sede tributaria, en diversas Consultas la D.G.T. ha considerado sin más aplicable el enfoque fiscal de la condición resolutoria (en este sentido JUÁREZ GONZÁLEZ).

5. La FDR no priva al donatario de la disponibilidad de los bienes donados: no hay *deductio*, como ya se expuso. Pero sí es factible que además de la RFD, se establezca una prohibición de disponer el donatario, lo que –como se expuso ya– es frecuente en la práctica (R. de 23-octubre-1980; en otros supuestos más complejos: reserva FD, del usufructo y también con prohibición de disponer se ha considerado –con razón a mi entender, por lo dicho con anterioridad– que prácticamente es más que dudoso que exista voluntad de donar en puridad).

Si no se ha establecido prohibición de disponer, el donatario puede disponer de lo suyo, sujeto a la revocación si el donante ejercita la FDR (con el límite evidente de la protección a los adquirentes de buena fe ignorantes de la FDR; arts. 464 CC, 34 y 37 LH). En igual sentido el CC Cataluña en su art. 531.20.2.

6. El donante tiene un amplio poder de configurar la reserva de la disposición: la para caso de necesidad, plazo ¿disposición no solo onerosa sino también gratuita? A mi juicio es posible que la facultad incluya tal tipo de disposición, la gratuita, pero ha de constar expresamente en la cláusula –lo que el Notario autorizante de la escritura pública de donación debe considerar prudentemente ante el caso real concreto (en el sentido de exigirlo así, el CC Cataluña, ex art. 531.20.1)–.

7. La facultad dispositiva, ¿solo *inter vivos* o también *mortis causa*? Parte de la doctrina –mayoría posiblemente– responde afirmativamente por estar ante una excepción al art. 620; el 639 no distingue entre una y otra clase de disposición.

Con ALBIEZ DOHRMANN tengo mis dudas: inseguridad jurídica, no seguirse el cauce formal testamentario, condición suspensiva de la titularidad del donatario. Debería –considera este autor– estar admitida la facultad dispositiva *mortis causa* de modo expreso por la ley, por lo tanto; desde luego no basarse exclusivamente en la regla interpretativa “*ubi lex non distinguit, nec...*”

A mi juicio, considerar que previéndolo expresamente las partes, pudiera el donante reservarse la facultad dispositiva *mortis causa* de modo que sería válida y eficaz la misma, estimo que desborda el principio de irrevocabilidad: la donación puede revocarse hasta cierto punto, el de donar y retener, sí, pero...” Sin confusión entre ambos pilares básicos, este último aunque debilitado así como el primero, en nuestro CC por consideración a la particular idiosincrasia, naturaleza íntima y caracteres sustantivos de la donación constituyen –pienso– cauce delimitador de lo que supone donar y no donar (dicho con palabras de MARÍN CASTÁN: la disposición *mortis causa* produce una situación de interinidad de hecho, en cuanto al titular concreto de los bienes, que parece poco compatible con la rotundidad de la fórmula del 639, “*pertenecerán*”).

8. Conectado con lo expuesto últimamente, aunque desde luego no confundible, es el carácter personalísimo o no de la FDR: *mortis causa* lo impide la literalidad del precepto, en la parte que acabo de transcribir, “pertenerán” y más aún la *ratio* del mismo (constituyendo la FDR –dice Cristóbal MONTES– una legitimación extraordinaria para disponer de bienes ajenos, es sensato pensar que la ley no es favorable a prolongar las situaciones de incertidumbre; y con ALBALADEJO, el respaldo que supone el criterio legal en sede de revocación de donaciones por las causas de los arts. 644, 647 y 648).

¿Y la transmisión de la FDR *inter vivos*? Con más razón que la respuesta negativa que he aportado antes, hay que hacerlo ahora (como apunta ALBALADEJO, si se niega respecto a los sucesores del donante, menos parece que pueda transmitirse la FDR a quien desee el mismo).

Con todo, a pesar de la intransmisibilidad, ingenuo sería considerar cerrada la cuestión: como dice el autor últimamente citado, si el donante se obstina en transmitir su facultad, tiene a su alcance una solución más fuerte que la transmisión, disponer de los bienes con la RFD, a favor de la persona a quien deseaba transmitirle la disponibilidad.

Conclusión.– En 1927 HEISENBERG formuló –demostrándolo científicamente– el principio de incertidumbre: en el conocimiento humano nada se puede predecir con exactitud plena, por lo que... Si me ciño al estudio del art. 639 CC en su aspecto concreto de la RFD “de algunos de los bienes donados”, de concretos principios he hablado, y ahora lo completo invocando el de seguridad jurídica para eliminar o mitigar en lo posible al menos las situaciones de incertidumbre.

Sin duda, resulta útil acudir en la realidad al precepto que he estudiado en su vertiente dispositiva de bienes donados: para prever necesidades futuras del donante, para proteger al mismo donatario, para precaver posibles atenciones a otras personas, presentes o futuras, familiares próximos o no, extraños, pero el instrumento que la ley brinda necesita certeza, y el jurista obligado está a calar hondo en el precepto a fin de extraerle su potencial, que ciertamente es abundante, pero también lo es el riesgo que implica una aplicación precipitada, deficiente, irres-

ponsable en definitiva, por escasa o nula previsión del régimen aplicable dada la parquedad de la regulación legal de tan compleja figura.

Algunos supuestos de aplicación práctica. Supuestos no confundibles.

1. Donación del piso X con todos sus muebles y enseres conforme el inventario anexo, con las características y delimitación siguientes:

Se constituye en favor del donante un derecho de habitación art. 524 CC.

El donante tiene además el derecho de disponer por *actos inter vivos*, a título oneroso o gratuito, de todos los cuadros, libros, muebles, ropas de vestir, colecciones de armas y de sellos así como de todas las otras cosas cuyo destino es el de amueblar o alhajar las habitaciones y dependencias siempre que estén comprendidas en las que son objeto del derecho de habitación ahora constituido (cfr. art. 346 CC), conforme al inventario anexo.

2. Donación del piso Z, de la plaza de garaje Y y del automóvil W.

Se constituye en favor del donante el derecho de disponer del piso por *actos inter vivos* y a título oneroso con inclusión del contrato de alimentos del art. 1791 y ss. CC. Todo ello en favor del donante, “para cualquier caso y circunstancias” a juicio y voluntad exclusiva del mismo.

3. Diferencia con el derecho de reversión ex art. 641 (y sin confusión con el legal del art. 812 CC): “... Revertirá todo lo donado al donante si el donatario fallece sin descendencia...”

Revertirá: “Si acontece el hecho x” “Si no termina el donatario la carrera de en los próximos tres años.” Son posibles supuestos de reversión en favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias (art. 641).

Y ahora el NUEVO DICTAMEN

Por persona interesada se plantean cuestiones problemáticas

acerca de una figura jurídica que todavía hoy carece de perfiles nítidos a efectos prácticos.

Primero. Se otorga escritura pública de partición y adjudicación de herencia al fallecimiento de Emilia en el año 2014.

Varias fincas rústicas están inscritas con la titularidad de la misma, así: adquiridas por herencia de su marido Claudio con la siguiente cláusula testamentaria “Emilia podrá disponer libremente de los bienes de la herencia por actos *inter vivos*. En defecto de ella o si a su fallecimiento conservase algunos bienes de esta herencia, instituye heredero sustituto a su hermano José y en su defecto a sus descendientes en su representación.”

José falleció, sin descendientes, en el año 1987. Claudio había fallecido en 1981 y en la escritura de partición la adjudicación de los bienes se efectúa “considerando que el llamamiento a José fue condicional, al tratarse de una sustitución fideicomisaria de residuo “*si aliquid supererit*”, por lo que al haber fallecido antes que la fiduciaria se ha extinguido el fideicomiso (art. 759 CC) y no existen sustitutos vulgares al fallecer sin descendientes”.

En consecuencia, en la escritura se adjudican las fincas a los herederos de Emilia.

El Registrador suspende la inscripción porque “el fideicomiso de residuo no es de carácter condicional (salvo que estuviera pendiente de una condición expresamente puesta) sino a término, en el caso presente la muerte del fideicomitente. Es en este momento cuando adquiere el fideicomisario el “*ius delationis*” y a su muerte lo transmite a sus herederos, por aplicación del art. 784 CC.”

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Segundo. Zenón en su testamento lega la finca “Z” a su hijo Adán con el carácter de fiduciario de residuo y si fallece sin descendientes, será fideicomisaria su también hija del testador, Eva.

Enajenación del bien legado: No obstante la existencia del fideicomiso, el fiduciario podrá enajenar el bien gravado en concepto de libre y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación.

Hace poco Adán ha obtenido un préstamo bancario con hipoteca sobre la finca pero el Registrador no inscribe, porque: “la cláusula de sustitución fideicomisaria faculta al fiduciario para enajenar en concepto de libre, pero no para hipotecar como libre. Ello sin perjuicio de poder hipotecar el fiduciario su derecho con sujeción a lo establecido por el testador, por lo que la hipoteca quedaría extinguida si el fiduciario fallece sin descendientes.”

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

Tercero. El último supuesto objeto de consulta es el siguiente:

Josefa, en su testamento ha instituido heredero a su esposo José, “en pleno dominio y con facultad de disponer. Sustituido vulgar y fideicomisariamente de residuo por la hermana de la testadora, Lina, sustituida por sus descendientes caso de premo-riencia o incapacidad.”

La titularidad registral de las fincas “X” y “Z” constan a favor de José con la cláusula del testamento transcrita y el titular los ha donado a su hermana Manuela. El Registrador suspende la inscripción de la donación, porque: “ante la cláusula testamentaria la voluntad de la testadora ha sido que el fiduciario no podrá disponer *mortis causa* de los bienes y tampoco podrá disponer *inter vivos* a título gratuito porque de lo contrario tal acto de mera liberalidad a efectos prácticos sería equivalente a las disposiciones *mortis causa*, lo que implicaría burlar la voluntad de la testadora. En consecuencia, el fiduciario carece de facultad para realizar la donación.”

- ¿Quién tiene razón en Derecho?

SEIS HORAS

“victor@garridodepalma.es”

DICTAMEN



DICTAMEN SOBRE ACRECIMIENTO HEREDITARIO

Carlos-María Brú Purón
Notario jubilado

I. DATOS

El testador Don Edelmiro AB –soltero y carente de herederos forzosos– instituye herederos por cuartas e iguales partes a cada uno de sus hermanos Teodoro, María del Milagro y Hugo AB, y en la restante cuarta parte, por mitad, a sus sobrinas Gloria y Sonsoles AF (hijas de hermano premuerto). Nombra sustitutos de todos ellos, “para los casos de premoriencia o incapacidad”, a los respectivos descendientes.

Tras ese otorgamiento, premuere a Edelmiro su hermano Teodoro (quien deja dos hijos, apellidados AS).

Tras el fallecimiento del testador, la sobrina Sonsoles AF tiene intención de renunciar a la herencia, y se consulta acerca de las consecuencias de ambos sucesos sobre el reparto hereditario.

II. PROBLEMAS

A) Ninguno para el caso derivado del deceso de Teodoro (lo que no altera la situación, ya que es hecho determinante de la sustitución vulgar prevista en el art.774 del Código civil a favor de sus descendientes, los dos hijos, por mitad entre ellos dada la inexistencia de especificación alguna en la cláusula sustitutoria).

B) Sí para el propósito de renuncia por parte de Sonsoles AF: ¿La cuota de la renunciante acrece tan sólo a su hermana Gloria o se extiende a sus tíos y primos a tenor de sus respectivas cuotas?

III. RESPUESTA

A) Aclaración previa.– Es de observar que en el caso sometido a dictamen, de los supuestos al que el testador acude para instituir sustitución vulgar son sólo los de premoriencia e incapacidad, omitiendo el de renuncia.

Y que a tenor del art. 774 párrafo 2.º CC, dicha eventual renuncia no dará lugar a sustitución vulgar: expresados dos de los motivos y omitido el tercero –renuncia–, todos ellos en la letra del precepto, parece clara la voluntad del testador –debidamente informado al respecto por el Notario– de que una eventual renuncia no favorezca a descendientes de renunciantes.

B) El derecho de acrecer o Acrecimiento.– Regulado en los artículos 981 a 987 del CC, el dº de acrecer atiende a los mismos supuestos que la sustitución vulgar (premoriencia, incapacidad, renuncia) (1), y opera subsidiariamente respecto de aquélla para el caso de no haberla establecido en todo o parte de los tres supuestos, de tal manera que si falta alusión a alguno de ellos y éste llega a producirse, entra en función el dº de acrecer.

Como dice DÍEZ-PICAZO (2) “las normas que el CC contiene en los artículos 981 a 987 bajo la rúbrica «Del derecho de acrecer» son normas de integración de la voluntad del testador que no ha previsto los casos de premoriencia, incapacidad o repudiación del heredero que instituye. Cuando tales casos han sido previstos por el testador, (...) en realidad existe una sustitución vulgar (...) que prevalece sobre el derecho de acrecer”.

(1) La doctrina –ya desde Manresa, “Comentarios al Código civil español”, Madrid 1914, tomo VII, p. 323– ha hecho observar que los supuestos de vacante a acrecer son más, entre ellos los de, según aquel comentarista, presunción de muerte o declaración de ausencia, y a partir de CASTÁN TOBEÑAS (*vide* “Derecho civil, común y foral”, Madrid 1926, tomo I vol. 2, p. 389), los de incumplimiento de condición impuesta al heredero y nulidad de disposición testamentaria a favor de un heredero, a los que otros civilistas posteriores (OSSORIO MORALES, ROCA SASTRE, ALBALADEJO, RIVAS MARTÍNEZ, etc.) añaden el caso del concebido llamado y no nacido.

(2) DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN (Luis), “La sustitución fideicomisaria y el derecho de acrecer”, en Anuario de Dº Civil, julio/septiembre 2011, p. 1271.

Recíprocamente, la ordenación sustitutoria prevista por el testador para uno o dos de los casos con silencio respecto de otros u otro, conduce necesariamente a aplicar, para los supuestos omitidos, la figura jurídica del dº de acrecer o acrecimiento.

Se trata de atender, por una u otra vía, a acontecimientos que siguen, o intentan seguir, la voluntad explícita o presunta del testador. Así se hace en la mayoría de los sistemas jurídicos de Dº Privado europeo. Refiriéndose a las leyes civiles europeas a partir del siglo XIX, Helmut COING (3), indica que "en general también se admite la presunción de que el llamamiento (...) se refiere tanto al caso de que el primer llamado no pueda aceptar la herencia, como el que no quiere".

Ocurre que en el caso que nos ocupa, el de la herencia de Don Edelmiro, entran en función, para uno u otro supuesto, recíprocos mecanismos de llamamiento, el sustitutorio y el de acrecimiento.

Porque al hermano y heredero Teodoro le sustituirán sus hijos. Y, según ley, la cuota vacante ocurrida por la renuncia de Sonsoles AF acrecerá, a tenor de los artículos 981 y 982, 1.º del CC, a los "coherederos" o "llamados a una misma herencia." (4)

C) Alcance personal y cuantitativo del acrecimiento

Damos por sentado que en la sucesión de Edelmiro se cumple el requisito, exigido por el art. 982 del CC, de que el llamamiento testamentario no consista en una "especial designación de partes". Así como, no obstante los términos un tanto equívocos del párrafo 2.º del siguiente precepto, artículo numerado 983 (5), al instituir por cuartas partes a tres herederos y la otra cuarta parte por mitad a otras dos, a nadie se hace "dueño de un cuerpo de bienes separado", que es el criterio para determinar si hay o no derecho de acrecer.

(3) H. COING, "Derecho Privado Europeo", Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1996, vol. II, p.747.

(4) Aunque la expresión "coherederos" se utiliza en el art. 981 para las sucesiones legítimas, no hay razón para denegársela a las de origen testamentario. La expresión "llamados (...) herencia" es su sinónimo.

(5) Art. 983, 2.º párrafo: "La frase «por mitad o por partes iguales» u otras que, aunque designen parte alícuota, no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer". La verdad es que el "numéricamente" ha planteado conflictos, las enésimas partes se concretan en base a números.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 21/03/1910, que admitió acrecimiento en una designación "por mitad", y la de 05/06/1917 que lo confirmó en otra "por iguales y novenas partes", sentaron una jurisprudencia (como ejemplo posterior, STS de 06/11/1962) que confirma plenamente este criterio.

Lo que sí es cierto es que, en el testamento examinado, hay cuotas individuales y una cuota conjunta.

Para mayor comodidad de lectura, con RIVAS MARTÍNEZ (6), denominamos "grupo" al que forman los herederos con cuota individual (en nuestro caso los hermanos sobrevivientes M.^a Milagros y Hugo, capaces y aceptantes) y "subgrupos" a los formado por sobrinos del testador: sustitutos unos, los hijos de Teodoro, llamadas directamente pero en conjunto Gloria y Sonsoles.

Y entramos en la cuestión clave sometida a dictamen: ¿El acrecimiento producido por un integrante del subgrupo, se produce sólo dentro de éste, o favorece al grupo en conjunto, lógicamente conforme a las respectivas cuotas?

a) El Derecho comparado no nos ofrece muchas respuestas, en parte por las distintas concepciones de herencias, legados y su distinción. Sí es claro el Código civil alemán (BGB) cuando en su sección 2094 dice que "el acrecimiento tiene lugar preferentemente entre los herederos que han sido instituidos en una cuota hereditaria conjunta" (7).

Le sigue el italiano, cuando dice en su artículo 674, 2.º que "si algunos herederos han sido instituidos en una misma cuota, el acrecimiento tiene lugar a favor de los demás instituidos en dicha cuota" (8).

Mientras que el art. 805 (antes 786) del Código civil francés parece optar por el genérico sin distinciones, al establecer para el supuesto de renuncia: "(...) la parte del renunciante (...) acrece a los coherederos" (9).

(6) RIVAS MARTÍNEZ, J. J., "Derecho de Sucesiones, común y foral", vol. II, 2.ª ed., Madrid 1992, p. 718.

(7) Extraído de la edición del BGB en lengua española a cargo del Prof. LAMARCA MARQUÉS, Barcelona 2008.

(8) Traducción propia.

(9) Traducción propia.

De entre los hispanoamericanos, cabe destacar la posición del D^o argentino, cuando conforme a su nota anexa al art. 3810 CC, el para su dogmática conocido como *ius non decrescendi*, permite “a los herederos (...) expandir su llamamiento al todo” (10), sin más precisiones. O la uruguaya, cuando a tenor del art^o 1050 de su texto legal “en el caso de operar el derecho de acrecer se incrementará la cuota de los coherederos (...) que se benefician con tal derecho en distintas proporciones, (pudiendo el testador) establecer un orden de preferencia en que se beneficiarán con el de acrecer o no (...) beneficiando así a un coheredero (...) y no a los restantes” (11). (De esta norma uruguaya cabe deducir, *a sensu contrario*, que no hay acrecimiento al subgrupo sin decisión expresa testamentaria, en cuyo caso ya entrábamos en el campo de la sustitución vulgar).

En cuanto a la doctrina, y para el Derecho alemán, cómo no podía ser menos dados los términos del BGB citados, el Profesor Th. KIPP (12) sigue la solución reduccionista, cuando dice que “el acrecimiento tiene lugar, ante todo, entre ellos mismos (los instituidos en una porción hereditaria común)”.

Y no obstante los términos citados del Código italiano, el Prof. L. BARASSI se basa (como los autores españoles que luego citaremos), en “la presión (13) (que) disminuye (porque) aumenta la extensión del derecho de los otros coherederos (cuando) uno de éstos (...) viene a menos”. Y acude, por encima de “una presunta voluntad del testador”, a “una razón objetiva de este instituto (acrecimiento), que tiene por objeto impedir el desmenuzamiento de patrimonios” (14). Cómo se ve, reflexiones poco propicias a atribuciones subgrupales.

(10) Extraído de la ponencia de la Notaria Elena GARCÍA COMA DE ESTEVE, “Argentina”, en “Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España”, Consejo General del Notariado español, Madrid 1996, p. 142.

(11) Extraído de la ponencia del Escribano Raúl ANIDO BOTELLA, en *Idem*, p. 916.

(12) En Enneccerus, KIPP y WOLF, “Tratado de Derecho civil”, 2.^a edición de la versión española, tomo V, vol. 1.^o, p. 429.

(13) Subrayado nuestro.

(14) L. BARASSI, “Instituzioni di Diritto civile”, 4.^a edición, Milán 1955, p. 298. Traducción propia.

Y para el D^o francés, los ya clásicos PLANIOL y RIPERT (15) cumplimentaban el entonces artículo 786 del Código, matizándolo en el sentido de que “es fórmula más esquemática que rigurosamente exacta (por lo que) en la partición por estirpes, en caso de representación, la parte del renunciante beneficia exclusivamente a los que forman parte de la misma estirpe”. Hoy, Ch. JUBAULT (16) aplica el precepto legal tal cual, por tanto en favor de la tesis del acrecimiento genérico. Y Ch. VERNIERS (17) admite como hipótesis la reducción a la *souche* (¿tronco, estirpe?).

Examinadas las legislaciones luxemburguesa, suiza y japonesa, todas coinciden en dicha atribución genérica de la porción vacante a coherederos en caso de renuncia (18).

No viene al caso el examen de la Common Law a este efecto, si partimos de la consideración en tal Derecho que –a tenor del ilustre pretérito Juez Oliver WENDELL HOLMES– “el heredero inglés no es (era) sucesor universal”, a lo que añade que “una sucesión a uno no tendría conexión con la sucesión a otro. Cada sucesión es la asunción de una distinta relación personal, en la que el sucesor sería determinado por los términos de la relación en cuestión” (19). Y lo cierto es que en su difusión en orden cronológico (a lo largo del s. xx) y territorial (Commonwealth), no hay indicios de una institucionalización hereditaria propicia a planteamientos como el que nos ocupa. Cabe citar, siguiendo a BORKOWSKI, que a tenor de la Sentencia *Re Fraser* (1904, 1 Ch.726 CA), “si el beneficiario es miembro de un orden de suceder, entonces como regla general la cuota «fallida» pasa a los otros miembros del orden, si los hay”, y a tenor de la *Re Benjamin* (1902, 1 Ch. 723) que, caso de desaparición de algún heredero,

(15) PLANIOL y RIPERT, “Tratado práctico de Derecho civil francés”, t. 4.º, La Habana 1933, p. 369.

(16) Ch. JUBAULT, “Droit civil, les Successions”, París 2005, p. 157. Traducción propia.

(17) Ch. VERNIERS, en Grimaldi & *allia*, “Droit patrimonial de la famille”, ed. Dalloz 2014, p. 575. Traducción propia.

(18) Vide en J. CARRASCOSA & *allia*, “Prontuario básico de Derecho de Sucesiones internacional”, Granada 2015.

(19) O. W. HOLMES, “The Common Law, Lecture X: Succession after Death”, vide en www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm#2H_4_0010.- Traducción propia.

procede dividir la cuota en calidad de no sobreviviente" (20). No es mucho decir.

b) España, a') Doctrina.- Volviendo a la doctrina más conocida sobre nuestro Derecho común y foral español, LACRUZ BERDEJO (21) aduce cautamente que "puede darse (22) el acrecimiento dentro de particulares grupos": parece, pues, optar por una interpretación del artículo 983 CC equivalente a la regla que con rotundidad establece la Compilación Catalana en su art. 265, 2.º –que más adelante transcribiremos– en favor del acrecimiento reducido al subgrupo. (23)

Tampoco parece muy decidido RIVAS MARTÍNEZ (24) cuando al aceptar esta tesis, nos dice que "(...) puede darse (25) el acrecimiento dentro de particulares grupos, con preferencia a otro más general entre las personas y estirpes conjuntamente instituidas".

De la CÁMARA ÁLVAREZ (26) también parece optar por favorecer al subgrupo: "En el llamamiento por grupos debe estimarse (27) que dentro de cada grupo se da el acrecimiento cuando los llamados integrantes del grupo lo han sido conjuntamente (...)". "Los efectos del derecho de acrecer consisten en el incremento de la porción del beneficiario o del acrecimiento que recibe la porción que le acrezca". (Como se ve, tampoco está clara al respecto la opinión de ese maestro de civilistas).

Más firme se muestra R. COLINA (28): "El derecho de acrecer dentro de la estirpe tiene preferencia respecto a los llamados por cabezas". (Se entiende que al aludir al término "estirpe" –tan sólo usado en el CC en su artículo 948 y para otros fines– se refiere al subgrupo

(20) A. BORKOWSKI, "Texbook on Succession", Oxford 2002, pp. 217 y 364. Traducción propia.

(21) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA & *allia*, "Elementos de Derecho civil.-V.- Sucesiones", Madrid 2009, p. 51.

(22) Subrayado mío.

(23) Advirtamos de que en parecidos términos se pronuncian la Compilación de Baleares en su art. 24 y la de Navarra en su Ley 312.

(24) RIVAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, p 718.

(25) Subrayado mío.

(26) CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la , "Compendio de Derecho sucesorio", ed. La Ley, 2.011, pp. 65 y siguiente.

(27) Subrayado mío.

(28) R. COLINA, en BERCOVITZ & *allia*, "Comentarios al Código Civil", Madrid 2013, vol. V, p. 7.097.

ya existente de herederos testamentarios llamados conjuntamente, lo que puede darse entre consanguíneos o no).

Y ALBALADEJO (29), para un caso similar al que nos ocupa en base a su exégesis de la Compilación catalana y la STS de 05/06/1917 (extrañamente, porque esta Sentencia aborda otro tema), distingue entre "solidaridad preferente (o subsolidaridad) y "solidaridad total", entendiendo que hay que "aplicar primero la más reducida" (es decir, la que favorece al para nosotros "subgrupo").

En cambio, ARMERO DELGADO (30) , en una obra producto de abundante práctica fedataria en la que no faltarían casos tal el nuestro, taxativamente decía que "la adquirirán (los herederos) cada uno en proporción a su cuota en la institución".

O'CALLAGHAN atribuye dicha cuota "a los herederos" sin más distinciones. (31)

ROCA SASTRE (32) define el acrecimiento como el "derecho que tiene el heredero que llegue a serlo, de hacer suyo el incremento que experimenta su porción hereditaria a causa de no llegar a serlo el coheredero llamado conjuntamente". De esta definición sí parece deducirse una posición favorable a la repercusión generalista del acrecimiento: su "porción hereditaria", esto es, su cuota es alícuota, pero puede ser diferente, y no hay razón para que alguno o algunos no se beneficien del "incremento" causado por el llamado "conjuntamente", esto es, sin la "especial designación de partes" de que nos habla el art. 982, 1.º CC.

Sin embargo, el propio ROCA en sus Comentarios a KIPP (33) nos dice que "si dos o más de los herederos son llamados conjuntamente a una parte de la herencia, el derecho de acrecer funciona con preferencia a favor de los que en dicha parte fuesen llamados conjuntamente con el que no ha llegado a ser heredero"

(29) En M. ALBALADEJO GARCÍA & *allia*, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales". 2.ª ed., Madrid 1998, p. 345.

(30) ARMERO DELGADO, Mario, "Testamentos y particiones", tomo I, Madrid 1951, p. 401.

(31) O'CALLAGHAN, "Código civil, comentarios y jurisprudencia", ed. La Ley 2012, p. 968.

(32) R. M.ª ROCA SASTRE, "Estudios de Derecho civil", 2.ª ed., vol. II, p. 265.

(33) En ENNECCERUS, KIPP y WOLF, obra, tomo y volumen citados, p.435.

Pero –a su vez– esta opinión, probablemente basada en la Compilación catalana, queda contradicha por la visión que ROCA tiene del acrecimiento: éste “no es un derecho sino un resultado contable que se produce en seno de comunidad hereditaria y que afecta a las cuotas de participación (...) cuotas (que) son mayores de las que hubieren sido de llegar a ser herederos todos los llamados, (porque) la cuota de participación (...) es una medida cuya cuantía está en proporción inversa al número efectivo de concurrentes (...)”. Y lo corrobora cuando nos dice que “(en el acrecimiento) cada heredero tiene derecho a recoger una aportación tanto mayor cuanto menor sea el número de herederos concurrentes que queden”

Es una visión, digamos, matemática y no institucional (ROCA distingue “cuota de participación” de “cuota de institución”). Visión coincidente con la de PUIG BRUTAU, cuando nos habla de “dividendo” (la herencia), “divisor” (número de herederos) y “cociente” (cuotas de acrecimiento) (34) . Con la de PUIG PEÑA cuando describe que “al quedar vacante la parte de uno de los herederos instituidos los otros verifican inmediatamente atracción hacia sí (...) por la naturaleza elástica (...) de la institución de heredero (...)” (35) o la de IRURZUN GOICOA cuando nos habla de “acrecimiento” como “puro hecho, el resultado de la simple existencia de tales vacantes (...)” (36).

Visiones que no parecen casar con el acrecimiento por grupos o subgrupos, algo muy distinto de las cuotas, que son las incrementadas.

Porque, de nuevo ROCA, con referencias a HUBER y SHOM, entiende que “la existencia de otros coherederos es tan sólo una mera restricción material y numérica, que desaparece al quedar eliminado uno de los partícipes”. Y, recogiendo una metáfora ofrecida por BORRELL, compara la situación de los herederos “con la de varias porciones de gas recludas en un mismo recipiente de modo que, si se le extrae una parte, el gas que queda se dilata y llena todo el recipiente” (37)

(34) J. PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho Civil”, tomo V, vol. II, 2.ª edición, pp. 375 y siguiente.

(35) F. PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho civil español”, tomo V, vol. I, Madrid 1954, p. 449.

(36) D. IRURZUN GOICOA, “El artículo 1.006 y el llamado derecho de transmisión”, Revista jurídica del Notariado, octubre-diciembre 2009, p. 218.

(37) ROCA SASTRE, “Estudios... ” *op. cit.*, p. 81.

Por lo que concluye que "al quedar eliminados, aquella energía y potencialidad aletargada entra en funciones de efectividad y se extiende a cuanto queda libre de tal presión" (38).

Alude, pues, ROCA a un fenómeno de orden fáctico, el fenómeno "descompresivo" de que otros dos prestigiosos juristas, BELTRÁN DE HEREDIA y J. GONZÁLEZ PALOMINO, darían cuenta cabal.

Dice el primero (39) que "la eficacia del acrecimiento no es adquirir una cuota vacante ajena, sino producir una expansión (por lo que) no se puede distinguir entre cuota previa y cuota adquirida por acrecimiento (...). Ambos (...) forman una unidad, un todo."

Dice el seguidamente citado que "(en el acrecimiento hay) un llamamiento solidario, en el que lógicamente no hay cuotas, cuotas que sí hay en la distribución (...), el llamamiento de cada heredero es al todo, hay vacante de persona y, más que extensión, se produce descompresión, producida por la ausencia de persona en la distribución de la herencia". (40) Más tarde, corroboraría este criterio con estas frases: "Si uno de los llamados falta (...) disminuye o aún se elimina la presión (...)"; "(...) es el resultado de mero hecho, consecuencia casi física de un llamamiento o institución solidaria (porque) el llamamiento o es solidario o no lo es (...)"; "todos al todo". (41)

Más tarde analizaremos las consecuencias de esta visión "descompresiva" del acrecimiento, pero antes hemos de echar un vistazo a la

b') Jurisprudencia sobre el tema, que no es significativa. Se traen a colación al respecto (42), tres resoluciones, las SSTS de 24/04/1976 y 09/02/1998 y la RDGRN de 19/09/2005, negativas en cuanto a la extensión total y según cuotas si el "llamamiento en estirpe" (implicaba) "la atribución de un cuerpo separado de bienes". Pero éste no es nuestro caso. No hay atribución alguna en especie, es de cuotas desiguales pero siempre alícuotas, tan

(38) ROCA SASTRE, "Estudios..." *op. cit.*, p. 280.

(39) BELTRÁN DE HEREDIA, P., "El derecho de acrecer", Revista de Dº Privado, 1956, p. 136.

(40) GONZÁLEZ PALOMINO, J., "Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio", AAMN 1958, p. 57.

(41) GONZÁLEZ PALOMINO, J., *op. cit.*, edición de la Universidad de Navarra 1964, pp. 242, 222 y 220.

(42) Prof. COLINA, *op. cit.*, p. 7.097.

sólo materializadas en especie mediante las eventuales operaciones particionales.

Sí son admisibles y han de tenerse siempre en cuenta las pretéritas SSTs de 05/06/1917 y 06/11/1962 que, con rotundidad dejaron para siempre sentada la doctrina de que la desigualdad de cuotas, siempre que estas sean alícuotas (ej., una $\frac{1}{2}$ a X, un $\frac{1}{4}$ a Y, otro $\frac{1}{4}$ a Z), no impiden el acrecimiento. Y aunque nada dicen sobre el destino de la parte acrecida, sí es significativo que la de 1.962 arguyese en favor del acrecimiento el hecho de que "lo que quiso significar la testadora (al establecer cuota doble para los hermanos que la correspondiente a los sobrinos) es que los herederos Don Antonio y Doña Elidad (hermanos) sucederán por cabeza, mientras que los hijos (los sobrinos) de Doña Etelvina (la hermana premuerta) sucederán por estirpes".

He aquí que el Tribunal Supremo, al identificar cuota sencilla con "estirpe" y doble con "por cabezas", adopta la terminología sucesoria abintestato (art. 948 CC) para interpretar la testamentaria en cuanto al primer llamamiento, pero es neutral, como el resto de la Jurisprudencia, respecto del tema concreto que nos ocupa, bien la reducción del acrecimiento a los integrantes del subgrupo, bien la extensión a todo el grupo, según sus cuotas.

Neutral también se mostraba la RDGRN de 04/04/1903 cuando a la cuestión de "si la parte correspondiente a la heredera premuerta debe repartirse proporcionalmente entre todos sus coherederos o sólo entre los que fueron instituidos conjuntamente con ella en una mitad de la herencia", responde que "cualquiera que sea la solución procedente, ésta debe subordinarse a lo que los interesados han determinado de mutuo acuerdo y propia voluntad". Lo que, en aras de respeto a dicha voluntad está muy bien, pero nos deja con la miel en los labios acerca del criterio que el entonces Letrado don Jerónimo González hubiese opinado para otros casos huérfanos de acuerdo.

No es neutral la STS de 24/01/1963, cuando dice que "la renuncia provoca la reversión de los bienes a la masa hereditaria". Estimo que esa frase responde a un previo criterio favorable al acrecimiento para todo el grupo, porque no cabe estimar que los bienes "revertidos" no queden sujetos a las cuotas que el testador, o en su caso, la Ley, hayan previsto en términos generales respecto de esa "masa".

c') Opinión del firmante de este dictamen.– Considero que hay cuatro argumentos relevantes en favor de la tesis de la extensión del acrecimiento a todo el grupo, a repartir según respectivas cuotas.

El primero, la letra del art. 984 CC que, curiosamente, ninguno de los autores, Sentencias y Resoluciones citados traen a colación. Dice dicho precepto que “los herederos a quienes acrezca la herencia sucederán en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso o no pudo recibirla”. La expresión “herederos” es genérica, y la de “a quienes acrezca la herencia” es meramente explicativa de la circunstancia que regula. No dice “los particularmente favorecidos por el acrecimiento” o similar: parte de que todo heredero, por el hecho de serlo, puede ser beneficiario del acrecimiento, pertenezca –según la clasificación que hemos adoptado– a “grupo” o “subgrupo”. Ocasión tenía para aludir a ello, con expresiones como “herencia o parte de ella”, etc.

Si cotejamos este precepto con el artículo de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, el contraste es notable. Porque el Derecho catalán ha optado, sí, por el acrecimiento reducido al “subgrupo”. Dice el 2.º párrafo del art. 462.1.2: “Instituidos conjuntamente dos o más herederos en una misma cuota o porción de herencia, si el que no llega a ser heredero fuese del mismo grupo, el acrecimiento tendrá lugar preferentemente entre los demás del propio grupo y solo en defecto de éstos acrecerá a los demás instituidos conjuntamente”.

[Ciertamente, en la regulación de esta materia no ha tenido la Compilación su momento más feliz. Impone el acrecimiento “aunque el testador lo haya prohibido”, lo que algún autor (43) considera “una inadmisibles postergación de la voluntad del testador”. Autor, DEL POZO CARRASCOSA, que para la cuestión que nos ocupa y su solución catalana, la basa con acierto en la *conjunctio in re* de origen dudosamente romano, pero que hoy se nos presenta como “materia oscura” (44)].

Hay que pensar que nuestro Derecho civil común no ha querido incidir en esa “materia oscura”. Porque cabe preguntarse: ¿En tantos años de co-vigencia de ambos Cuerpos legales, no cabía que en algu-

(43) DEL POZO CARRASCOSA, en “Derecho Civil de Cataluña, Sucesiones”, ed. M. Pons 2013, p. 515.

(44) DEL POZO CARRASCOSA, *op. cit.*, p. 507.

na de las modificaciones de nuestro CC, éste hubiese abdicado de su generalidad para adoptar el criterio catalán? ¿No le cabía distinguir? El apotegma "donde la ley no distingue..." parece aplicable aquí.

Quede, pues, sentado que el criterio a que modestamente llega el autor de este Dictamen es el de que , en términos generales y para cada uno de los supuestos de vacante no cubiertos por sustitución vulgar, procede el acrecimiento según las cuotas testamentarias, sin mayores distinciones ("grupos", "subgrupos", etc.). En segundo lugar, hay que referirse y ya muy concretamente en nuestro caso, a la presunta voluntad testamentaria.

Es significativa en el caso –repito– que nos ocupa, la elusión del supuesto "renuncia" como determinante de la sustitución vulgar, que sí se establece en favor de los descendientes de herederos premuertos e incapaces.

Es inverosímil que el Notario, en su debida función asesora, no le informase que los supuestos de la sustitución vulgar son tres (y más, según doctrina arriba citada), no dos. Sólo a una decisión premeditada del testador puede deberse detraer la "renuncia" de entre estos supuestos. Decisión que responde a una actitud mental frecuente en testadores, según la cual "si éste no lo quiere, no voy a favorecer a sus descendientes: que el sobrante se reparta entre todos".

En tercer lugar , la propia morfología del acrecimiento. En sí, el vocablo alude a extensión, y cabe considerar que dentro del ámbito del llamamiento hereditario –insistamos– por partes alícuotas, todo lo que incide en favor de ellas debe propiciarse, y todo lo que las desfavorezca debe eliminarse.

Esa igualdad potencial de las cuotas hereditarias queda sometida a excepción mediante el instrumento jurídico de la sustitución vulgar, por la que el testador da el destino que bien le parezca a la o las cuotas que queden vacantes.

El hecho en nuestro caso –insistimos– de excluir la renuncia entre los supuestos sustitutorios, claramente indica que a la vista de posibles renunciaciones, no se quiere favorecer a nadie en particular.

Se da, pues, el principio de "descompresión" de que habla J. GONZÁLEZ PALOMINO.

Todo llamamiento llama a la universalidad, no en vano el artículo 660 del Código Civil dice del heredero "que sucede a título universal". [Curiosamente, el gran civilista LACRUZ BERDEJO de quien arriba

hemos tomado una opinión, digamos, “subgrupar”, no es remiso en entender, basándose en A. D’ORS, que el derecho de acrecer “es consecuencia lógica de la universalidad del llamamiento de todo *heres*” (45)].

No hay que pensar que la concepción atribuida a la herencia inicial no haya de aplicarse asimismo a la herencia “acrecida” por incurrir en uno o más de los tres repetidos acontecimientos (premorienza, incapacidad, renuncia) cuando el testador, en su hegemónico poder decisorio (no tratamos aquí de caso alguno de sucesión forzosa), no ha dado a la eventual vacante un destino especial mediante el mecanismo sustitutorio, tan en su mano.

Y en cuarto lugar, una razón de equidad, categoría aplicativa del Derecho recogida en el apartado 2.º del artículo 3.º CC: “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (...)”.

Si tanto los hermanos del testador como las sobrinas han sido llamados por partes iguales, con la sola modalidad de dividir por mitad entre las dos sobrinas la cuarta parte que hubiere correspondido a su padre fenecido, quíere-se decir que los méritos a que atiende el llamamiento son equivalentes para el testador. Si llama a sobrinos es por razón de la lamentable ausencia de hermano o hermana, pero se mantiene la idea primigenia, de tal modo que dichos sobrinos ni exceden ni reducen, ni menos quedan eliminados (lo que cabría por no ser sucesión forzosa) de su presencia en una cuarta parte.

¿Sería equitativo que en un llamamiento esencialmente igualitario –cuartas partes– una incidencia sobrevenida, tal la renuncia de uno o dos miembros del subgrupo integrante de una de esas partes, conceda ventaja a algunos de ellos, alterando el régimen de –volvamos a GONZÁLEZ PALOMINO– “todos al todo”?

Y recíprocamente y con más razón: Si renunciase alguno de los hermanos ¿sería justo que la parte acrecida no llegase en absoluto a los sobrinos, tan herederos en *quota parte* como sus tíos carnales?

Es de pensar que la reducción de lo acrecido, para favorecer tan sólo a “grupo” o a “subgrupo”, rompe claramente la equidad.

En otros supuestos de vacante puede discutirse, en la procedente de renuncia el acrecimiento al subgrupo parece del todo injusta .

(45) LACRUZ BERDEJO, en *op.cit.*, p.84.

C) Aplicación práctica.– Conforme al criterio aquí sustentado, partiendo que son cuatro las cuotas globales (equivalente cada una a un 25 % de la herencia), y la de Sonsoles la mitad de una de ellas, es decir, un 12'5 %, caber trasladar también a porcentajes los incrementos a atribuir a los coherederos del siguiente tenor: un 3'125 % de la herencia a Hugo AB, otro a M.^a Milagros AB, otro a los dos hijos de Teodoro AB por mitad entre sí, y el 3'125 % restante a su hermana Gloria AF.

Sumadas estas adiciones a las cuotas ya atribuidas, se redondea al 100 % la distribución entre los coherederos de la cuota que vacó por decisión de Sonsoles AF.

E) Coda modestamente doctrinal.– El autor de este dictamen reconoce que el tema es polémico, y que son mayoritarias y muy acreditadas las opiniones divergentes de la que se defiende aquí. (46).

El firmante entiende, conforme a lo anticipado en el apdº III, C), b), c'), argumentos 1.º, 3.º y 4.º, que en las sucesiones sujetas al Dº común español y a regímenes forales distintos del catalán, balear o navarro, cabe y es técnica y equitativamente defendible –en base a los argumentos arriba expuestos– el criterio de que en todo acrecimiento (sobre todo en el derivado de la causa examinada en este dictamen, y también de las otras dos –premorienencia e incapacidad– recogidas en el artº 982,2.º y demás aportadas por la doctrina), la cuota vacante debe distribuirse entre los herederos restantes en proporción a las suyas respectivas, sin atender a consideración alguna de grupos o subgrupos donde concentrarse.

En términos de ALBALADEJO (47) pero con criterio opuesto, entendemos que en el acrecimiento se da un fenómeno de solidaridad y no de sub-solidaridad: aceptar lo contrario significaría introducir

(46) El firmante hace suyas las generosas palabras de Domingo IRURZUN GOICOA en su "advertencia" previa a un texto doctrinal: "Este boceto puede ser tildado de heterodoxo por los discrepantes muy benévolo y de disparate jurídico por los que no lo sean tanto. Si (el lector) persiste en la lectura y, una vez concluida, no lo desaprueba del todo, podría ser el autor que construya, en su día, un verdadero ensayo sobre el tema". (*Vide en loc. cit.*, p. 201).

(47) M. ALBALADEJO, *op. cit.*, p.345.

para toda vacante lo que podemos llamar una substitución vulgar de oficio, cuyos destinatarios se imponen a un testador silente.

Y en cuanto a la institución en sí, la reducción subgrupál impuesta encaminaría el hasta ahora tan abierto *ius accrescendi* hacia una continuada fase menguante.

Así lo entendemos conforme a Derecho, salvo mejor opinión.

RECENSIONES



ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES

2014, Editorial Iustel, Madrid, 2015,
827 páginas,
ISSN: 2172-6051

Juan-Cruz Alli Turrillas

Derecho administrativo (UNED)

Aunque inicialmente se previó que fuera un libro centrado en la que iba a ser la reforma de la Ley de fundaciones que había presentado el Ministerio de Justicia en 2014, al fenecer tal proyecto, este Anuario se ha transformado en, sinceramente dicho, algo más interesante. No obstante, sobre las propuestas del sector para una futura, y necesaria, reforma de las leyes de fundaciones y de mecenazgo, puede verse el interesante estudio firmado por R. de LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO, "Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro", en J. L. PIÑAR MAÑAS & S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, 2011.

La consagrada batuta de los profesores José Luis PIÑAR y Santiago MUÑOZ MACHADO, en colaboración de la Asociación Española de Fundaciones y bajo la financiación de La Caixa, nos presenta una nueva edición del Anuario de Derecho de fundaciones, con un amplio y rico contenido que vamos a desglosar en sus aspectos más básicos y generales. Este *Anuario* sigue fiel al estilo ya consolidado en ediciones anteriores, formado por cuatro o cinco grandes secciones: estudios temáticos normalmente en torno a uno o dos temas comunes, seguidos de una crónica legislativa comentada de las Comunidades autónomas, una crónica de la Unión europea, otra crónica sobre Iberoamérica y una reseña jurisprudencial.

Además, en este caso, se incluye un anexo de documentación muy completo donde se recogen los sucesivos borradores e informes sobre el nonato Proyecto de Ley de fundaciones (2014) que, como es conocido y ya ha sido apuntado, no llegó siquiera a quedar aprobado de manera definitivamente por el Consejo de Ministros. Lo cual ha sido muy positivo, por cuanto se trataba, de manera muy resumida y simplificada, de un proyecto que aunque contenía aspectos interesantes –y no es el menor la unificación de Registro y Protectorado; vieja demanda del sector– contenía disposiciones excesivamente prolijas y de un código sancionador, todo ello en una línea demasiado interventiva. En tal sentido mereció informes negativos del Consejo Económico y Social y del propio sector, a través de la AEF.

Muy importante, al respecto, es la propuesta de la Comisión General de Codificación de constituir un Protectorado y un registro únicos de fundaciones. Tal y como se señaló durante la presentación pública de este Anuario, parece que esta idea en particular, por fin, sale adelante.

Con motivo de una recensión que realizara del pasado Anuario de 2103 señalaba que puede hablarse de un renacer del sector en estos últimos años, bajo muchos puntos de vista (en ocasiones también sufrientes): tanto por la constitución de nuevas fundaciones, como por los desarrollos autonómicos, como especialmente por el creciente interés doctrinal que, desde muchos ámbitos –el jurídico, el económico, el sociológico– han ido apreciando la importancia de este sector. En tal sentido se cumple, una vez más, la hipótesis tópica de que caminamos con veinte años de retraso con respecto al mundo, pues los grandes estudios sobre el sector no lucrativo (*non profit sector*) en el mundo datan ya de la década de los noventa del pasado siglo (*John Hopkins Non profit book series*).

En España ha crecido el sector en los últimos años en cifras nada desdeñables expuestos, en lo básico en: *El Sector Fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012)*, segundo Informe realizado J. J. RUBIO, S. SOSVILLA, M. A. GALINDO (INAEF, 2014). Lógicamente esto implica más patronos y más personas dedicadas y empleadas en el sector. De lo cual ha derivado un mayor estudio científico. En efecto, en estos últimos años han proliferado los textos, en especial los jurídicos. Aquí citaré unos cuantos de excelente factura publicados entre 2012 y 2014. Parece que, así empezamos a acompañar al sector desde el ámbito científico y universitario.

Con todo y pese a todo, todo ello significa también que poco a poco, y no sin algún momento crítico, parece que las autoridades van aceptando que una legislación de mínimos –que no por ello fue positiva y correcta– dictada durante los años noventa del pasado siglo debe dejar paso a una nueva legislación, más moderna, eficaz, incentivador y, por supuesto, respetuosa con las fundaciones: "*que confíe en las fundaciones y que crea en su misión*", tal y como solicita PETITBÒ. Pues incluso, visto desde el prisma público, que las fomente y las mejor acomode a la necesidad –de la que la crisis de la que estamos saliendo ha sido gran testigo; tal y como se expone en varios estudios del pasado Anuario de 2013– de contar con una sociedad civil fuerte que sirva de colchón en ausencia de unos poderes públicos que ni tienen recursos suficientes, ni medios para obtenerlos, ni seguramente es oportuno que lleguen a más.

El primer estudio se titula "*Fundaciones, conectividad social y libertad*" y lo firma la resuelta pluma de A. PETITBÒ, quien ya ha sido citado, con un artículo de principios y bases. Este artículo pone los-puntos-sobre-las-íes de lo antes apuntado: la urgencia de una relación de comprensión y respeto, de fomento y supervisión razonable por parte de las autoridades y el legislador. En tal sentido con datos muestra los poderes y flaquezas del sector y los aspectos que deberían mejorar con este "mejor acuerdo". A continuación, C. ÁLVAREZ, veterano analista y gestor del sector, en "*Solidaridad y sociedad del bienestar. ¿Qué sociedad queremos construir?*" dicta una

auténtica lección magistral sobre el avance que supone la presencia de un sector fuerte y consolidado y su manera de enfocar estos fines en uno de los mayores logros sociales que hemos construido en Europa: la sociedad del bienestar. Para ello contextualiza acertadamente la prestación social que hace el sector fundacional en general en un marco de las virtudes sociales y personales, y de los resultados.

Tras estas lecciones basales e introductorias comienza uno de los dos hilos conductores de los estudios monográficos del Anuario de este año 2014: la fiscalidad. El primer análisis del profesor MARTÍN DÉGANO ("*Los tres tipos de actividades económicas exentas de las fundaciones y su conexión con los fines de interés general*") estudia brillantemente la sucesión de cambios que, sin ser sustantivos, han modificado bastantes parámetros impositivos para las fundaciones y para las donaciones: las actividades económicas de las fundaciones y sus conexiones con el fin de interés general. Se trata de un estudio teórico de detalle y a la vez pragmático esencial de un tema que apenas había sido analizado en nuestro país y que requería este primer análisis actualizado. Lo realiza de un modo práctico y riguroso, como corresponde a un tema tan crucial en la legislación que sobre las fundaciones existe en Francia, en Inglaterra y, por supuesto, en Estados Unidos (*related/unrelated Business activities* o *UBIT*). En la medida en que las fundaciones gozan de ventajas fiscales para actuar en sus fines de interés público que les son propios, las actividades lucrativas en pro de tales fines que realicen, deben estar atadas y justificadas en ellos. De otro modo se produciría una ventaja competitiva que falsearía el mercado de la competencia. De ahí que desde el célebre *Mueller Macaroni Co & NYU case*, el sistema vigile muy bien y bajo unas muy complejas líneas cuándo la actividad comercial/industrial está relacionada o no con el fin y, en consecuencia, qué régimen tributario le corresponde. MARTÍN DÉGANO nos narra cómo están las cosas en la legislación actual y qué problemas presenta.

A continuación, CRESPO GARRIDO ("*Fiscalidad de las fundaciones como entidades no lucrativas: tras la reforma por ley 27/2014*") realiza un análisis pormenorizado y de gran interés para el sector sobre las reformas fiscales introducidas por la Ley 27/2014 que, simplificada, han tratado de incentivar el micro-mecenazgo, algunas fórmulas del denominado *crown-funding* y la permanencia en los donativos a lo largo de años fiscales. Es, sin duda, otro estudio fundamental puesto que, aunque la reforma no sea grande en su dimensión –es, más bien, discreta–, supone un ligero cambio de tendencia en la fiscalidad donativa a las fundaciones. En tal sentido se enmarca en algunas de las propuestas que realizara BLÁZQUEZ LIDOY en su magnífico estudio sobre la fiscalidad de las fundaciones americanas en comparación con la nuestra para el *Anuario de Derecho de fundaciones* de 2012.

Con el mismo hilván el último artículo de esta parte del Anuario lo realiza se sitúa el la Doctora y abogada PEÑALOSA ESTEBAN ("*La reforma de los incentivos sociales al mecenazgo: luces y sombras*") quien pone un acento crítico sobre lo indicado y, sobre todo, lo enmarca en un contexto histórico, del origen y motivación de la reforma. Resulta especialmente interesante

su exposición de todo el contexto parlamentario de esta reforma y de otras anteriores, con las posiciones de los grupos y los estudios y comisiones. También expone el desarrollo normativo sustantivo –¿qué son y para que sirven los donativos?– y lo hace, además, de un modo muy actualizado y muy vinculado a las necesidades más reales del sector.

También destaca, especialmente, cómo está influyendo en el sector fundacional y este en el mercantil bajo el paraguas de la denominada “responsabilidad social corporativa”, así como de contexto internacional que lo hacen especialmente atractivo (véase al respecto, recientemente, M^a DEL MAR ANDREU MARTÍ (coord.), *La empresa social y sus organización jurídica*, Marcial Pons, 2014 y también algunos estudios contenidos en: A. EMPARANZA SOBEJANO (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014. Quiero resaltar la importancia que tiene el haber estudiado el concepto de donativo bajo los parámetros de la DGT por el tema de prestación de servicios a cambio de donativos; instrumentos muy generalizados en el extranjero para *fidelizar* donativos que, en cambio, en nuestro sistema suponen un cierto fraude que exigiría alguna consideración más proporcionada por parte de la Agencia Tributaria. Este artículo es el mejor broche de los estudios anteriores pues, además, presenta una visión “sobre el terreno” del propio sector, dada la condición de la autora como responsable del área en la Asociación Española de fundaciones.

La otra línea de estudios está centrada en las fundaciones universitarias. Sector convulso casi en la misma medida que las “fundaciones públicas”, sobre las cuales el informe CORA de 2012 fue inmisericorde (¡mucho antes debiera haberse acometido su reforma y ordenación!). Las soluciones dadas para su “recomposición” han sido dispares, inconsistentes y, en ocasiones, desacertadas. Estas fundaciones –quizá con una naturaleza propia– son sin duda necesarias y más que debieran serlo a futuro pues si un ámbito está necesitado de colaboración público-privada es la enseñanza superior y la investigación (y no solo para fondos). Por eso y por mucho más, su análisis puede, además, dar muchas pistas a las fundaciones públicas en general; tema sobre lo cual hay varios estudios interesantes en VV. AA. *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011 y por supuesto el artículo sobre la reforma del sector público fundacional del pasado *Anuario de Derecho de fundaciones* de 2013 firmado por J. GARCÍA-ANDRADE, de brillante factura, como siempre.

El primer artículo de PEDREIRA MENÉNDEZ (“*la normativa de las entidades sin finalidad lucrativa y la aplicación de sus beneficios fiscales a las Universidades*”) realiza una aproximación fiscal sobre la aplicación de los beneficios fiscales a las Universidades. Posteriormente DE ANDRÉS CASTRO (“*Una visión reciente de las fundaciones universitarias: propuestas de futuro*”) expone, primero, el *status quaestionis* y luego realiza un análisis muy completo sobre qué ha sido de las diversas fundaciones universitarias, para mostrar el gran caos producido. El autor finaliza con un importante apartado de conclusiones y propuestas entre las cuales destaca, por enmarcar a todas las demás, mucho más concretas, la idea de promover fundaciones univer-

sitarias que sean el lugar de encuentro de la sociedad civil y los entes mercantiles con la investigación y el desarrollo que deben promoverse en las Universidades (cual fue el caso de las fundaciones universitarias, partenariales y de investigación científica creadas en Francia en la década anterior).

Fuera de los dos ámbitos expuestos otro estudio, solo en su especie, dedica sus páginas a contextualizar el origen y desarrollo de la fundación británica –la *Charity*– y explicar la reforma en ciernes de una figura tan atractiva y con un desarrollo histórico tan fuerte. Tanto en su forma jurídico-social como en la regulación de su motivación, como en la de la supervisión pública, la *charity* tiene una larga tradición que se remonta a 1601 y la organización pública supervisora, la *Charity Commission*, se remonta a finales del siglo XIX. Tal estudio hay que ponerlo en relación con otros realizados por el mismo autor, como el dedicado en el Anuario de 2014 a la *Private foundation* americana, así como otro sobre las reformas legales y fiscales en USA, publicado en la *Revista Española del Tercer Sector* (núm. 21, 2012) y un último artículo sobre el régimen de las fundaciones comparadas (Alemania, USA, Inglaterra, Francia e Italia) en la *Revista de Derecho público comparado* (núm. 12, 2014). Todos ellos, por otra parte, son desarrollos nuevos y actualizados del trabajo que comenzara *La fundación, ¿una casa sin dueño?* (Iustel, 2012).

La segunda parte del libro la constituye la crónica de las Comunidades autónomas. Esta parte es mucho más que un mero recorrido panorámico. Nos encontramos con varios trabajos que son verdaderos estudios condensados del panorama legal y real de las fundaciones en tales lugares, por lo que su interés va mucho más allá del estudio local, para ser algo de interés general. De hecho contienen información sobre el sector en su ámbito local pero también sobre algunas soluciones legislativas especiales que pueden resultar de especial interés para su aplicabilidad en otros lugares. Este es el caso de Aragón, Canarias, Extremadura y Cataluña, especialmente. Se nota, indudablemente, la pluma de consagrados profesores de Derecho administrativo particularmente en todos ellos. Prácticamente en casi todos los estudios sobrevuela, además, la larga sombra de la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones. Tema que, como recordará el lector, ocupó varios estudios en el Anuario de 2013 y que, desde entonces, ha sido también estudiado con brillantez y detalle en esta misma Revista (M. SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Las fundaciones bancarias. El caso navarro”, en *RJN* núm. 58 (julio-diciembre 2014) y un estudio de C. ALONSO LEDESMA (“Las fundaciones bancarias”, en A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014).

Del resto del Anuario destaca, como siempre, la crónica jurisprudencial realizada por MATO PACÍN, que resulta muy útil por el esfuerzo de “albañilería jurídica” –no siempre justamente apreciada, pero no por ello menos meritoria– que supone poner en orden y clarificar las sentencias y darlas, así, a conocer de manera unívoca. Es especialmente interesante su índice analítico por temas tratados. Una vez más podemos apreciar cómo la única Sentencia del TS versa, en su temática general, sobre una fundación banca-

ria-Caja de Ahorro (Caja Navarra y La Caixa) y cómo otras sentencias más se dedican a problemas derivados de las fundaciones “en mano pública”.

La crónica europea de GALLEGU y NAVAS ponen de relieve la definitiva defunción del Estatuto europeo de fundaciones. Se trata de un penoso suceso pues los múltiples y variados esfuerzos que las autoras ponen de relieve iban y fueron muy bien encaminados. Más aún, considero que son todavía aprovechables no solo en términos conceptuales o doctrinales, sino como mecanismos de integración filantrópica. Tales estudios y el propio borrador de Estatuto común, ponen de relieve cómo puede hablarse de la fundación como una institución que, pese a sus enormes diferencias, tiene un alma común que puede apreciarse en todos los países europeos. Pues bien, tal y como se expone, un problema de agenda política y poco compromiso sin demasiada justificación ha paralizado y herido casi mortalmente a este Proyecto. No obstante los trabajos ahí están a disposición de cualquiera. Y eso ya es mucho.

Un estudio del sector en Argentina (R. HARA) que faltara en la completa crónica iberoamericana que se realizara en el Anuario pasado de 2013. Finalmente cierra esta parte del libro la crónica de veinte y cinco años de Encuentros iberoamericanos que nos expone los principales logros y avances de este cuarto de siglo de esfuerzos comunes. Esperemos que también pueda ser el arranque del necesario estudio de legislaciones conjuntas que pueda empezar a impulsarse en el futuro para promover una sociedad civil justa, fuerte y honorable. La asistencia personal a alguno de ellos me permite señalar que bajo los aparentes problemas de sociedades tan convulsas, navega una fuerte y comprometida sociedad civil que trata de paliar los innumerables problemas sociales, económicos, políticos y de seguridad que existen y que los poderes públicos no pueden o no quiere acometer.

Toda la parte final del Anuario está dedicada a recoger los Proyectos de ley señalados y los informes correspondientes de varias instancias, generalmente muy críticas como se señaló. Contiene el borrador del Anteproyecto de Ley de fundaciones; el Informe al borrador que hiciera la Asociación Española de fundaciones; el Borrador en su 2.^a versión; el nuevo Informe de la AEF; el Anteproyecto de Agosto de 2014 y, finalmente, el Dictamen del Consejo Económico y social sobre tal Anteproyecto. Es un acierto recoger en un libro todo ello a efectos de verdadera memoria histórica.

En cierto sentido este Anuario puede decirse que constituye el número que manifiesta un cierto punto de inflexión en el sector; según el cual se está cambiando a un ciclo de progresiva madurez del sector y de su regulación. Esto quiere decir que es lógico que vayan mejorando muchas cosas, pero que también se detecten más problemas y, por lo tanto, que pueda hablarse de una necesidad de impulsar tanto una mejor auto-regulación, como de una mejor consideración y supervisión pública de las fundaciones que forman este sector tan importante de nuestro país y modelo social y económico.

RÉGIMEN DE DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Luis Hernando Cebriá (Coordinador)
Editorial Bosch,
Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
2015

Violeta Cayetana Ros Gutiérrez

Abogado

Con carácter previo al análisis de la estructura y contenido de la presente obra, que por acertada recomendación llegó a nuestras manos, debemos resaltar la importancia de la temática que la misma aborda. Especial mención merece el prestigio de los autores de la monografía que nos ocupa; Profesores, Investigadores y Notarios de renombre que, con su esfuerzo, no sólo han realizado destacadas aportaciones al mundo del derecho, sino que han contribuido a la divulgación del mismo por medio de la enseñanza.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo (en adelante, "Ley 31/2014" o "la Reforma"), modifica esencialmente las facultades, obligaciones, remuneración y responsabilidades del Órgano de Administración. A su vez, la Reforma realiza una serie más limitada de cambios en la organización y funcionamiento de la Junta General. El nuevo Texto Legal trata así de ofrecer una solución que, no obstante la loable intención del Legislador, peca por su carácter temporal y, por ello, de insuficiencia.

La crisis económica en la que se encuentra incurso nuestro País continúa provocando sucesivas reformas legislativas que, por su carácter apresurado, se tildan de vagas e inconexas entre sí. La obra objeto del presente comentario se centra en dirimir temas tan esenciales como los contenidos en la Ley 31/2014. Decimos esenciales porque afectan a los motores de nuestra economía; afectan al tejido empresarial, a su funcionamiento y organización. No siendo el ánimo de la presente reseña cuestionar el espíritu de la Norma, que no es otro que el de dar respuesta a algunos de los problemas causantes de la coyuntura económica, procedemos a analizar la estructura de la obra. Cabe en este momento señalar que compartimos opinión con los

autores de la monografía; partidarios de impulsar el Anteproyecto de Código Mercantil que, muy a nuestro pesar, pronosticamos quedará relegado a un segundo plano por la reciente Reforma.

El libro objeto del presente comentario se estructura en tres bloques que abordan la reforma de la Ley de Sociedades de Capital en lo que se refiere estrictamente a los deberes y responsabilidades de los administradores. Todo ello sin hacer distinción entre los tipos societarios existentes precisamente porque, como se indica en la obra (página 432) “[...] *el legislador parece avanzar hacia una progresiva desconfiguración de los tipos societarios [...]*”. Así, el Catedrático José Miguel EMBID IRUJO, en el primer capítulo titulado “*La mejora del gobierno corporativo y el régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*” logra poner en situación al lector sobre el origen, las causas y los objetivos de la Reforma. El Profesor Luis HERNANDO CEBRIÁ, en el siguiente de los capítulos que conforman la monografía, nos adentra en el deber general de diligencia de los administradores, bajo precisamente ese mismo título. Resultan de especial interés los apartados dedicados al concepto de “administrador durmiente” que la Reforma trata severamente de sancionar mediante la exigencia de una dedicación adecuada que queda amparada, entre otros, en el novedoso derecho/deber de exigir información.

La primera de las tres partes que conforma la monografía objeto del presente comentario es, a nuestro juicio, la de mayor relevancia por cerrar la misma el Catedrático José Miguel EMBID IRUJO con “La discrecionalidad empresarial”. La referida discrecionalidad es, sin lugar a dudas, el concepto más novedoso que introduce la Reforma y, lejos de abordarse de forma liviana y soslayada, se analiza de manera profunda y rigurosa. Sin duda resulta plausible su exposición ante la dificultad que implica el tratamiento de una figura tan novedosa y cuyo propio nombre es, de por sí, “insuficiente” e “indeterminado”. Su aplicación suscitará, como se comenta en el referido capítulo tercero, enormes dificultades en su aplicación para los Juzgados y Tribunales.

El segundo de los bloques que componen la obra y cuya temática se centra en el deber de lealtad de los administradores comienza con la exposición por parte de su autor, el Profesor Luis HERNANDO CEBRIÁ, de los presupuestos de ese deber de lealtad. La Ley 31/2014 logra otorgar una mayor seguridad jurídica al regular de manera más explícita las obligaciones y deberes derivados de la lealtad del administrador hacia la sociedad e introduce, como cláusula de cierre al mismo, la buena fe. Debe resaltarse la expresa exigencia del cumplimiento del deber de lealtad extendida tanto a los administradores de hecho como a otros intervinientes o actores y ello al contrario de lo que sucede con el deber de diligencia, que exclusivamente resulta de aplicación a los administradores de derecho.

En el quinto capítulo de la obra que nos ocupa, la Profesora Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ, analiza las obligaciones básicas del deber de lealtad. Se abordan así las obligaciones mínimas indisponibles y, por tanto, no sujetas a alteración estatutaria. Todo ello sin perjuicio de su posible dispensa me-

dian­te un sistema de autorizaciones singu­la­res. Como veníamos diciendo, el listado de obligaciones que conlleva este deber se enriquece con la Ley 31/2014 mediante la inclusión de una relación de supuestos que, aunque no resulte exhaustiva, incrementa la seguridad jurídica. El texto presenta especial practicidad al analizar individualmente las implicaciones de cada obligación. Así, la autora, analiza las facultades atribuidas a los administradores para luego concretar la prohibición de desviación de poder; la información que queda sujeta al deber de secreto, así como el alcance temporal de este deber; las fronteras del deber de abstención y la responsabilidad personal, libertad e independencia de los administradores.

Si bien constituye la quinta obligación del deber de lealtad, la Catedrática Carmen BOLDÓ RODA, en el capítulo sexto, trata el deber de evitar situaciones de conflicto de interés. Para ello, la autora, realiza un análisis tanto del concepto como de la relación de personas vinculadas a los administradores. Esta separación se inspira en la propia Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) que, aunque incluye el deber de evitar situaciones de conflicto de interés en la relación de obligaciones de su art. 228, dedica por completo su art. 229 a esta concreta obligación. La Reforma vuelve a incrementar la seguridad jurídica otorgada y a facilitar su labor a los Juzgados y Tribunales mediante la enumeración de supuestos en los que existe un conflicto de intereses que, aunque no es taxativa, sirve de guía o referencia. Es de destacar la interpretación que augura la autora sobre el conflicto de intereses cuando el administrador sea persona jurídica representada por persona física. Procede así a analizar cada uno de los supuestos contemplados en la Norma (art. 229 LSC), además de realizar mención a algunos supuestos que, sin quedar recogidos en dicho precepto, se subsumirían por analogía en el conflicto de intereses.

El último de los capítulos que componen el bloque dedicado al deber de lealtad (capítulo séptimo) viene de la mano del Catedrático Alberto EMPARANZA SOBEJANO, quien se centra en el estudio de la “Imperatividad y dispensa del deber de lealtad”. La versión previgente de la LSC, a pesar de requerir que el administrador comunicase cualquier potencial conflicto de intereses con la sociedad, no exigía de autorización expresa singular o individual de dispensa emitida por la sociedad. Tampoco nada preveía la anterior dicción respecto de las consecuencias de su incumplimiento, que se veía amparado exclusivamente por la acción social de responsabilidad con la compleja carga de probar el perjuicio causado. Tras la Reforma, se exige dispensa expresa y singular para cada supuesto y se contempla el deber de indemnizar a la sociedad tanto por el daño causado como por el enriquecimiento injustamente obtenido, pudiéndose dar exclusivamente este último. Entre las obligaciones que conforman el deber de lealtad es necesario enfatizar la actual literalidad de la prohibición de competencia tras la Reforma, pues la misma exige que la actividad prohibida entrañe una competencia efectiva, actual o potencial, con la sociedad. Tal y como se expone por el autor, la prohibición centra así su atención en la clientela de la sociedad y se aleja del objeto social.

El tercero y último de los bloques que conforman la obra aborda una temática recurrente por su incidencia práctica como es la responsabilidad de los administradores. Comienza el mismo con el capítulo octavo que la Profesora María Isabel GRIMALDOS GARCÍA dedica a los “Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad”. En el mismo es de destacar la reflexión sobre la extensión subjetiva de la responsabilidad, pues con la Ley 31/2014 se ha definido por primera vez el concepto de administrador de hecho. La Reforma también extiende la responsabilidad a la persona física representante del administrador persona jurídica (quien responderá solidariamente junto a esta última) y, en determinados supuestos, a las personas con facultades de alta dirección.

Continúa con la temática de la responsabilidad de los administradores el Profesor Benjamín SALDAÑA VILLOLDO (capítulo noveno) para analizar las considerables modificaciones sufridas por la LSC en lo que se refiere a las “Acciones de responsabilidad” tras la reforma. A pesar de la mención explícita que, tras la Reforma, realiza la LSC en su art. 232 de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad distintas de la acción social e individual de responsabilidad, lo que resulta especialmente notable son las modificaciones experimentadas precisamente por las acciones de responsabilidad individual y social. En este sentido destaca el autor el otorgamiento de mayor protección a los socios minoritarios, pues se suprime la exigencia de un porcentaje fijo mínimo y específico de capital social para que el socio o socios puedan entablar la acción social de responsabilidad. El porcentaje necesario es ahora el que resulte exigido para convocar la Junta General (lo que dependerá de los preceptos estatutarios) y, ex art. 168 de la LSC, el máximo exigido no podrá superar el cinco por ciento.

A mayor abundamiento, y haciéndose eco de la acertada advertencia del autor sobre el posible abuso de derecho al que la práctica podría llevar, para el caso de infracciones del deber de lealtad, no será preceptivo someter la cuestión de interposición de acción social a la Junta General. Merece especial mención el análisis del Profesor Benjamín SALDAÑA VILLOLDO sobre la incoherencia entre el porcentaje de capital exigido para el ejercicio de la acción social por incumplimiento del deber de lealtad y el porcentaje exigido para el ejercicio del derecho de veto que recoge el art 238.2 de la LSC. Este último, sorprendentemente, ha permanecido inalterado tras la Ley 31/2014.

Dicho lo anterior, sin duda la mayor novedad en el campo de las acciones individuales y sociales de responsabilidad es la especificación por primera vez en la LSC del “*dies a quo*” y el plazo de prescripción de las mismas. La Ley se hace eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001 (749/2001) que consideró aplicable a la acción individual, al igual que a la social, el plazo de prescripción de cuatro años. La problemática que suscitaba en este sentido el “*dies a quo*” también se esclarece tras la Reforma, el plazo de cuatro años comenzará a contar ya no desde el cese del administrador, con las posibles interpretaciones a las que daba lugar, sino desde que la acción hubiese podido ejercitarse.

La autoría del décimo y último de los capítulos que componen la monografía corresponde a los Notarios Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA y Francisco José ARANGUREN URRIZA, bajo el título "Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial". En este sentido, analizan los autores la aplicación práctica notarial de los deberes y responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital, con un enfoque hacia PYMES y empresas familiares. La visión crítica de los autores se centra en la aplicación práctica y puede resumirse en la siguiente transcripción literal: "[...] *En definitiva, va a ser necesario volver a configurar por vía de la práctica los tipos sociales –sociedad limitada y anónima y, dentro de la anónima, las cotizadas y no cotizadas– para dar a cada tipo las soluciones que sus necesidades requieren.[...]*" (página 432).

Como valoración general, cabe decir que la obra reseñada se convierte en un texto de necesaria referencia para el análisis e interpretación de la reciente reforma de la LSC. Más allá de abordar los distintos cambios sufridos, aporta a su lector un planteamiento sobre temas diversos y controvertidos como son las dificultades que la aplicación de los artículos reformados podría plantear y las interpretaciones que de los mismos se podrían desprender, así como los defectos de los que adolece la Reforma. Se agradecen además las sucesivas referencias al derecho comparado que, dada la imposible existencia de jurisprudencia sobre los conceptos más novedosos introducidos, marcarán probablemente las líneas que seguirán nuestros Juzgados y Tribunales.

La monografía ha alcanzado sobradamente la vocación pretendida. Ofrece un análisis de conjunto de los deberes y la responsabilidad de los administradores societarios profundo y riguroso. Además, logra una clara visión integradora tanto de la normativa como de las distintas cuestiones que se entrelazan en la materia. Resulta útil y práctica tanto para los especialistas dedicados al derecho mercantil como para los operadores económicos, al incluir a modo de epílogo un sencillo índice analítico que facilita la localización concreta ante la necesidad de búsqueda y consulta. A nuestro entender, si bien no debe haber estado exenta de complejidad la labor de coordinación de la obra por la integración en la misma de la investigación, el estudio y la opinión de diversos profesionales, todos ellos de reconocido prestigio, se ha logrado una uniformidad dogmática sin cortapisa alguna.

COMENTARIOS A SENTENCIAS Y RESOLUCIONES



ACUERDOS VINCULADOS DE REDUCCIÓN DE CAPITAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA Y DE TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Régimen y publicidad de la reducción "mixta" mediante la condonación de "dividendos pasivos" y la devolución de aportaciones con cargo a reservas voluntarias, con constitución de una reserva indisponible para evitar el régimen de oposición de los acreedores. Comentario a la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2015

Luis Hernando Cebriá

Profesor Ayudante doctor de Derecho mercantil
(acreditado a Profesor Titular)
Universidad de Valencia

Partes: reducción de capital, condonación de aportaciones pendientes, dividendos pasivos, devolución de aportaciones, transformación, sociedad anónima, sociedad limitada.

Resumen: La escritura pública en la que se elevan a públicos los acuerdos de la junta de accionistas de una sociedad anónima por los que se reduce el capital social, mediante condonación de dividendos pasivos y restitución de aportaciones sociales a cargo de reservas voluntarias, para, a continuación, transformarla en sociedad de responsabilidad limitada sólo tiene acceso al Registro mercantil si la reducción se publica en la forma prevista por el artículo 319 de la Ley de Sociedades de Capital.

Que al efecto se constituya una reserva por el mismo importe del capital reducido, de la que sólo será posible disponer con los mismos requisitos que los exigidos para la reducción del capital social, dada la trascendencia de la decisión, no excluye el deber de publicación del acuerdo de reducción en las sociedades anónimas.

Fuente: BOE, Lunes 8 de junio de 2015, Sec. III, pp. 48632-9.

Disposiciones legales aplicadas: artículos 4, 5, 56.1.g), 57.3, 78, 217, 318, 319, 331, 332 y siguientes, 335.c), 343 y 345 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital; artículos 10, 11.2, 14, 17 y 19 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles; artículos 6, 18, 94.13.º, 95.4, 201, 202, 379 y 384 del Reglamento del Registro Mercantil; y el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.

A) HECHOS

Mediante escritura autorizada se elevaron a públicos los acuerdos adoptados por la junta general universal de la sociedad anónima consistentes, primero, en la reducción de capital “mixta”, una parte mediante la condonación de las aportaciones pendientes -dividendos pasivos-, y otra mediante la devolución a los socios de las aportaciones efectuadas. Además se acordó la constitución, con cargo a reservas voluntarias, de una reserva por el mismo importe del capital reducido, solamente disponible con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social. En segundo lugar, la Junta adoptó la transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, con aprobación de sus estatutos.

La controversia gira en torno, básicamente, a la procedencia de la publicación del acuerdo de reducción en atención a la exigencia del art. 319 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), y a la incidencia que esta compleja operación societaria pueda tener para los terceros (acreedores), sin que la manifestación en la escritura de su inexistencia sirva para eximir aquella publicación. Con carácter previo se plantea el régimen aplicable a toda esta operativa, considerando el

registrador en su calificación que, en virtud del artículo 17.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), habrán de observarse los requisitos específicos de aquellas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el tipo social de destino; esto es, según el régimen jurídico de las sociedades limitadas. La remisión a este régimen excluye, por lo tanto, la aplicación a la reducción del artículo 335.c) LSC y la posibilidad de constitución de una reserva indisponible en tales términos; y añade que la constitución de la reserva por «el mismo importe del capital reducido», incluyendo el de la condonación de dividendos pasivos, no se halla contenida en el artículo 335 LSC.

El notario autorizante discrepa de esta calificación cuando tiene lugar una transformación de sociedad anónima en sociedad limitada. Señala también que no queda otra opción, toda vez que existen dividendos pasivos, que reducir primero el capital y luego la transformación de la sociedad en limitada, pues de otro modo se trataría de una sociedad limitada con dividendos pasivos pendientes, lo cual supondría una infracción del artículo 5.1 LSC. Por lo tanto, se ha de estar a la operación en su conjunto para considerar la preservación de la protección de los acreedores mediante la constitución de una reserva indisponible que permite que el “patrimonio de garantía” se mantenga incólume. Con esto considera que los requisitos de la reducción deben trasladarse al momento en que la sociedad quiera convertir la “reserva por capital amortizado” en reservas de libre disposición, situación contemplada en el artículo 332 LSC para las sociedades limitadas y en el artículo 335 LSC para las sociedades anónimas.

Por otra parte, el artículo 335.c) LSC permite la inclusión de todo tipo de restituciones a los socios con cargo a beneficios o reservas libres, cualquiera que sea la forma adoptada, en metálico, por compensación de deudas (dividendos pasivos), o bien mediante la concesión de crédito (derecho a percibir una parte del haber social), lo cual excluye el derecho de oposición de los acreedores. De este modo, una vez transformada en sociedad limitada, la reserva indisponible por capital amortizado se mantendrá en el balance, y para su disposición, de conformidad con el artículo 335.c) LSC, será preciso cumplir los mismos requisitos que para la reducción del capital social. En suma, sería redundante exigir estos requisitos de publicidad, primero con la reducción del capital, y después con la

disposición de la reserva. Y dado que no existe riesgo de disminución de solvencia patrimonial, ni peligro para los terceros al tiempo de la reducción, el cumplimiento de los requisitos de publicidad y del derecho de oposición de los acreedores debe quedar pospuesto al momento en que se pretenda la disponibilidad de la reserva.

El Centro directivo acepta los argumentos esgrimidos por el notario autorizante, si bien incluye algunas interesantes observaciones respecto del régimen aplicable y sus efectos sobre la operación; en particular acerca de la disponibilidad de la reserva constituida una vez la sociedad quede transformada en sociedad limitada y respecto de la garantía frente a los acreedores sociales en los términos en los que se crea. Recurre, asimismo, al régimen de la llamada "operación acordeón" para arrojar luz sobre esta problemática y para admitir así la protección que con esta operativa se dispensa a los acreedores sociales. Pero, *sensu contrario*, el carácter autónomo de la publicación respecto del derecho de oposición de los acreedores obliga a mantener su exigencia en la reducción de capital de las sociedades anónimas, aun cuando la escritura declare la inexistencia de acreedores y pueda tener lugar otra posterior publicación con la disponibilidad de la reserva.

B) DOCTRINA

1. La reducción con la finalidad de condonar la obligación de realizar las aportaciones pendientes y de restituir las aportaciones a cargo de reservas disponibles se lleva a efecto por la junta de la sociedad con carácter previo al acuerdo de transformación, tal y como establece el artículo 11 LMESM. Resulta de ello que dicha reducción previa ha de acomodarse a los requisitos que para tal clase de minoración de la cifra de capital impone la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades anónimas.

2. Habiéndose dotado la reserva de conformidad con las disposiciones de la sociedad anónima, llegado el día, la disposición de la reserva requerirá un nuevo acuerdo de la Junta de la sociedad limitada, lo cual en principio daría lugar a la responsabilidad solidaria de los socios, cuya identidad, previo el otorgamiento de la escritura correspondiente, deberá constar para su reflejo en el Registro Mer-

cantil. La consecuencia inmediata de la dotación de la reserva por el importe de la reducción a cargo de reservas disponibles, de la que asimismo sólo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital prevista en el artículo 335 LSC, es la exclusión, en este momento, del derecho de oposición de los acreedores. La cifra de retención patrimonial no disminuye, pues únicamente se traspasan recursos propios de libre disposición a recursos propios de disponibilidad restringida. Concede incluso de esta forma mayor protección que la reserva que requiere el artículo 332 LSC en la sociedad limitada para la exclusión de la responsabilidad solidaria de los socios.

3. La unicidad de este acuerdo de reducción "mixta" previo al acuerdo de transformación permite su inscripción, puesto que no implica merma alguna de los derechos de los acreedores. La imperatividad de los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital para los acuerdos de "reducción y aumentos –o transformación– del capital simultáneos" evita la disminución de la cifra de capital por debajo del mínimo legal si se acompaña de la pertinente transformación o aumento. La interconexión de ambos acuerdos, su simultaneidad en la misma junta, y la expresa voluntad de someter la disponibilidad de la reserva creada a los mismos requisitos que la reducción acreditan que no existe perjuicio alguno para los terceros en general y para acreedores en particular.

4. El carácter autónomo e incondicionado de la publicación de la reducción de capital respecto de la existencia o no de un eventual derecho de oposición exige que deba publicarse el anuncio del reducción de capital social en las sociedades anónimas aunque no proceda el derecho de oposición de los acreedores (así acontece en las reducciones nominales o por pérdidas). Todo ello se ha de entender en consideración a la tutela del derecho de los acreedores de la sociedad que adopta un determinado acuerdo social inscribible, y que impone a ésta ciertos deberes de publicación legal del hecho mismo de la adopción del acuerdo y de su contenido. Este instrumento de publicidad legal tiene el carácter de "mera publicidad-noticia" y vela por el derecho de los acreedores y de los terceros a ser informados, en atención a la trascendencia del acuerdo social en cuestión; y esto aunque se trate de un mecanismo de "protección débil", desprovisto

de un derecho de oposición en favor de los acreedores. Y más toda vez que, como consecuencia de la subsiguiente transformación de la sociedad en limitada, variarán los mecanismos de tutela en garantía de sus derechos.

C) COMENTARIO

1. Ley aplicable a los acuerdos de reducción y transformación y sus implicaciones. Esta operación compleja de reducción “mixta”, con dotación de una reserva indisponible, y posterior transformación de la sociedad entraña diversos problemas de índole jurídica. En primer lugar, el artículo 17.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LMESM), aclara que habrán de observarse los requisitos específicos de aquellas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el tipo social de destino, en este caso la sociedad limitada. No obstante, la reducción previa del capital, en principio, ha de ajustarse al régimen legal aplicable en el momento de la adopción del acuerdo, que es el que rige para el tipo social de la entidad, esto es, el de la sociedad anónima. Por ello no se puede compartir la opinión del registrador, que acude a la normativa de la sociedad limitada, aun cuando sea para fundamentar su calificación negativa sobre la base de la inaplicabilidad del artículo 335 LSC a estas operaciones sobre el capital, que tampoco contempla la condonación de dividendos pasivos, imposible por otra parte en las sociedades limitadas.

Como acertadamente corrige el Centro directivo, la reducción tiene lugar con carácter previo al acuerdo de transformación. En principio, sólo a este último es aplicable el artículo 10 LMESM, que exige que su adopción se ajuste a los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se transforma, en este caso la sociedad anónima. La reducción previa, aunque también se prevea en el artículo 11 LMESM como exigencia para la transformación mediante una reducción de capital con finalidad de condonación de los dividendos pasivos, cuando en la sociedad de destino se exija el desembolso íntegro del capital social, sin embargo, no se somete al régimen del artículo 17.2 LMESM (1).

(1) Sobre la necesidad de la acreditación del desembolso de los di-

Por el contrario, a ella son aplicables los requisitos que para tal reducción impone la Ley de Sociedades de Capital en las sociedades anónimas. La Dirección General ya tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto en otras ocasiones recogidas en la presente resolución, donde hacía hincapié en la necesidad de atender a la normativa del tipo social resultante de la transformación (2). Esto puede tener un cierto correlato cuando, según el apartado segundo del artículo 17 LMESM, la transformación vaya acompañada de la modificación, entre otros extremos de la escritura o de los estatutos, del capital social. En tales supuestos también la reducción habría de observar los requisitos específicos de las disposiciones que rijan el nuevo tipo social (3).

El cuestionamiento se produce, y por ello diverge el Centro directivo de la posición del registrador, cuando la reducción tiene lugar con anterioridad a la transformación y, en particular, cuando tenga carácter previo como consecuencia de su carácter obligatorio para eliminar los desembolsos de acciones pendientes de realizar. Tal es el supuesto de la transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada, donde, en principio, las participaciones han de estar íntegramente desembolsadas (4). Se podría alegar, contra lo que

videndos pasivos con carácter previo a la transformación de una sociedad anónima en sociedad limitada, por todos, BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación de las sociedades mercantiles", *Noticias de la UE*, núm. 309, 2010, pp. 11-23, p. 22.

(2) Esta postura fue ya compartida en la RDGRN de 5 de mayo de 1994, que ante una transformación de sociedad anónima en sociedad colectiva y modificación del objeto social entendió que no eran necesarias las publicaciones exigidas por el artículo 150 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, por ser de aplicación la normativa del tipo social resultante. Y también en la Resolución de 2 de febrero de 1996 en una transformación de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, donde el balance incorporado a la escritura no se ajustaba en su estructura formal al régimen de las sociedades anónimas, lo cual no impidió su inscripción.

(3) Al respecto se pronuncia la RDGRN de 16 de septiembre de 2009 en la reducción por restitución de aportaciones y aumento de capital.

(4) Tal es el criterio que sustenta las RRDGRN de 20 de febrero de 1996 y 29 de marzo de 2000 en otros supuestos de transformación de sociedad anónima, con acciones pendientes de desembolso, en sociedad de responsabilidad limitada. Estas no admitieron la aplicación del régimen de la forma social de destino ya que el desembolso íntegro del capital social es un requisito para la válida constitución de la sociedad limitada.

sostiene el notario autorizante, que el apartado segundo del artículo 4 LSC, en concordancia con su número bis, mediante la admisión de una –mal– llamada fundación sucesiva de la sociedad limitada, ha venido a dar carta de naturaleza a la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal.

Sin embargo, el específico régimen contenido en el artículo 4 bis, donde se atribuye tanto a los socios y como a los administradores la responsabilidad solidaria del desembolso de la cifra de capital mínimo, cuando se lleve a cabo la liquidación de la sociedad con insuficiencia patrimonial para atender al pago de las obligaciones por ella contraídas, aleja esta opción de la figura de los “desembolsos pendientes” prevista para las sociedades anónimas. Por otra parte, también sería cuestionable esta opción cuando la condición de sociedad limitada se adquiere de forma derivativa a través de la transformación de la sociedad, y no *stricto sensu* mediante su constitución. Pues bien, en tales circunstancias parece apropiado que, siempre y cuando no se persiga un fraude de ley avanzando una operación societaria –la reducción– sobre la otra –la transformación– para perjudicar los legítimos intereses de acreedores y socios, se deba admitir la aplicación de la ley que rige la vida de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo (5).

2. Reservas indisponibles en la sociedad anónima y en la sociedad limitada y exclusión de los derechos de los acreedores sociales en la transformación y en la reducción de capital. Relaciones. Sentado lo anterior, tanto en la transformación como en la reducción, por su trascendencia para los socios y para los terceros afectados por estas operaciones, la regulación dispensa unas particulares medidas tuitivas. Para los primeros mediante unas mayorías específicas exigidas para la adopción de estos acuerdos y la imposición de unos derechos

(5) *Sensu contrario*, a fin de mantener el derecho de oposición previsto para los acreedores de las sociedades anónimas, la Resolución de 23 de febrero de 2001, en un caso de transformación de sociedad anónima en sociedad limitada, en el que inmediatamente después se adoptó otro acuerdo de reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios, consideró que el sistema de garantía de acreedores aplicable era el propio de la forma social de origen, es decir, el de la sociedad anónima.

de información documental (cfr., arts. 194 en relación con el art. 201 y art. 199 LSC; arts. 287 y 288 LSC y art. 9 LMESM) (6); para los segundos, a través de unos mecanismos de publicidad y de protección de su posición jurídica, especialmente para los acreedores, cuando puedan verse desprovistos de la tutela del régimen aplicable por mor de una decisión discrecional de los socios adoptada en la Junta.

En concreto, la transformación que, junto a otras modalidades de modificaciones estructurales, era tradicionalmente vista como una figura especialísima o excepcional, a la que se recurría de situaciones de necesidad, ante los problemas financieros de la empresa, actualmente es aceptada sin ambages, en particular tras el completo tratamiento dado por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (7). Con todo, no deja de ser cierto que las modificaciones estructurales a través de sus distintas variedades, y entre ellas la transformación, han mostrado su capacidad en el marco de la crisis económica, como técnica del Derecho de sociedades, para superar los problemas que afectan a la entidad, tanto en relación con las exigencias del capital social, como en relación con sus dificultades financieras (8).

(6) Sobre este último aspecto, ampliamente, en la sociedad anónima, LEÓN SANZ, F. J., *El acuerdo de transformación de una sociedad anónima*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2001. Con carácter general para las modificaciones estructurales, a partir de la fusión, LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, 2.ª ed., Civitas, 2000. No obstante, el acuerdo de transformación, tal y como recoge el apartado tres del artículo art. 9 LMESM, podrá ser adoptado sin poner a disposición del socio los documentos contenidos en el apartado primero cuando se trate en junta universal y se decida por unanimidad.

(7) Así, el artículo 4 a) de la Recomendación de la Comisión europea de 7 de diciembre de 1994 sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (94/1069/CE) instaba a los Estados miembros a prever un derecho de transformación de las empresas que les permita pasar, teniendo en cuenta los derechos de los socios y de terceros, de una forma jurídica a otra sin disolución ni creación de una nueva entidad. En general, sobre la posibilidad de adoptar diferentes regímenes jurídicos en atención a la modalidad social típica, sin perjuicio de admitir el trasvase de formas sociales mediante el recurso a la transformación de la sociedad en otro tipo social, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. J., "La sociedad anónima como problema", *Revista de derecho mercantil*, 1988, p. 7-34, p. 10.

(8) En este orden de cosas, la transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada, supuesto paradigmático tratado por AREÁN LALÍN, M.,

Pero tampoco lo es menos que las sociedades pueden acogerse a estos expedientes técnicos sin necesidad de encontrarse en alguna de las situaciones de orden económico o jurídico precedentes. Puede ser, por lo tanto, que la forma social elegida por los socios en el momento constitutivo devenga inadecuada por diversas razones. Entre ellas, en particular en la configuración tipológica de la sociedad anónima y de la sociedad limitada, por otro lado cada vez más próxima tras la unificación de su régimen jurídico en la Ley de sociedades de capital, cabe incluir una configuración más reducida o amplia de la autonomía de la voluntad; o también el carácter primariamente abierto o cerrado de la sociedad en relación con la transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales (9).

En cualquier caso, la transformación permite a la sociedad mantener su personalidad jurídica, es decir, que se conserven inalteradas las relaciones jurídicas de las que sea parte tanto activa como pasiva (cfr., arts. 3 a 21 LMESM) (10). A diferencia del resto de modificaciones estructurales, los acreedores carecen de un derecho de

La transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, ed. Civitas, 1991, Madrid, por la menor cifra de capital mínimo exigida, con mantenimiento de la limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, puede ser una solución a la causa legal de disolución por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 363.1.e LSC), o cuando el capital social quede, cualquiera que sea la causa, reducido por debajo del mínimo legal (art. 360. b y 363. f, LSC).

(9) Por todos, VEIGA COPO, A., "La transformación", en AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, (coord. ARROYO, I., EMBID, J. M., GÓRRIZ, C.), vol. III, 2.ª ed., Tecnos, 2009; y BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación de las sociedades mercantiles", *cit.*, p 11.

(10) Sobre la conservación de todos los actos y contratos anteriores a la transformación, VEGA VEGA, J. A., "Problemas en la transformación de Sociedades Mercantiles", *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 26, 2014, pp. 157-173, p. 173; y sobre el mantenimiento de la identidad subjetiva de la titularidad de las relaciones de la sociedad con terceros, BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación de las sociedades mercantiles", *cit.*, pp. 11-23, pp. 12, 21 y 23, si bien este derecho de oposición puede nacer si alguno de los socios procede a ejercitar su derecho de separación y la sociedad tiene que reducir su capital. Cfr., con el art. 32.3 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que no reputa cesión del contrato de arrendamiento el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia, entre otras modificaciones estructurales, de la

oposición, debido al mantenimiento del patrimonio de garantía. No tiene lugar, por lo tanto, ninguna posibilidad de la novación en la posición del deudor, cuya protección solo tiene lugar mediante las normas que delimitan una eventual responsabilidad de los socios (cfr. art. 21 LMESM) (11). No es éste el caso de la transformación de sociedad anónima en sociedad limitada, donde no muta el régimen de responsabilidad por deudas. Todo ello sin perjuicio del derecho de oposición que sí se reconoce a los titulares de derechos especiales distintos de las acciones, participaciones o cuotas que no puedan mantenerse tras la transformación (cfr., art. 16 LMESM) (12).

Sin embargo, cuando se trata de una reducción del capital, se ha de estar a la finalidad o -mejor- al contravalor de la reducción, entre los que se encuentran el equilibrio del capital y el patrimonio neto disminuido por pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o, como es el caso, la devolución a los socios del valor de sus aportaciones, y en las sociedades anónimas la condonación de la obligación de los accionistas de realizar las aportaciones pendientes (art. 317.1 LSC). En estos últimos supuestos de reducción del capital social que conlleva una disminución efectiva –y no meramente nominal– del patrimonio neto de la sociedad se advierte un evidente debilitamiento de la posición de los acreedores. Ante esta situación, la regulación contempla distintos mecanismos para su protección: en la sociedad anónima reconoce, en determinados casos en los que las reducciones del capital no sean meramente nominales o contables, un derecho de oposición (13); por el contrario, la protección dispensada en la so-

transformación de la sociedad arrendataria, si bien reconoce al arrendador un derecho a la elevación de la renta.

(11) En este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La transformación de Sociedades", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 28, 2009.

(12) Para una aproximación a esta figura abstracta, MARTÍ MOYA, V., "Los derechos especiales distintos de las acciones. Su tratamiento en la fusión de sociedades", *Revista de derecho mercantil*, núm. 254, 2004, pp. 1373-1416.

(13) Este derecho de oposición, por otra parte, solo se reconoce a los acreedores con créditos anteriores y no vencidos a la fecha del último anuncio del acuerdo de reducción, siempre que tales créditos no se encuentren debidamente garantizados (art. 334 LSC). Además, el ejercicio del derecho de oposición, que podrá ejercitarse en el plazo de un mes desde la fecha del último anuncio del acuerdo, suspenderá la ejecución del acuerdo de re-

ciudad de responsabilidad limitada se basa en la atribución a los socios de una responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad respecto del pago de las deudas sociales contraídas antes de que la reducción fuera oponible a terceros. Ahora bien, y esto es relevante, su responsabilidad se limita a la cuantía percibida por la devolución, total o parcial, de sus aportaciones y prescribe a los cinco años (art. 331 LSC) (14).

Tal y como ha sido advertido, en principio, los acreedores en la sociedad anónima gozan de un derecho de oposición a la reducción (*vid.* art. 334 LSC). Esta facultad se excepciona, primero, en los casos de reducción obligatoria, particularmente por consecuencia de pérdidas, sin restitución a los socios (*vid.* arts. 331, 333 y 335 LSC); segundo, cuando la reducción tenga por finalidad la constitución o el incremento de la reserva legal; y por último, opcionalmente, cuando la reducción se realice con cargo a beneficios o a reservas libres o por vía de amortización de acciones adquiridas por la sociedad a título gratuito, y el importe del valor nominal de las acciones amortizadas o de la disminución de su valor nominal se destine a una reserva únicamente disponible con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social. Por otra parte, en las sociedades limitadas el régimen de protección de los acreedores excluye la responsabilidad solidaria de los socios cuando, en la reducción por restitución de las aportaciones, se dote una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por un importe igual al reintegrado a los socios. Pero a diferencia de la anterior, su indisponibilidad se acompasa bien a la satisfacción de todas las deudas anteriores a la

ducción, y éste no podrá realizarse hasta que tales créditos se encuentren debidamente garantizados (arts. 336 y 337 LSC). Ampliamente, ESCRIBANO GÁMIR, R. C., *La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1998.

(14) Se ha de tener presente la opción del reconocimiento estatutario de un derecho de oposición de los acreedores a la ejecución del acuerdo de reducción si sus créditos no fueran satisfechos o garantizados, tal y como se prevé para la sociedad anónima (art. 333 LSC). No obstante, acerca de la controversia de la configuración de esta medida como alternativa o acumulable a la responsabilidad solidaria impuesta a los socios, por todos, EMBID IRUJO, J. M., "La sociedad de responsabilidad limitada", apéndice al *Manual de Derecho mercantil*, BROSETA PONT, M., 10.^a ed., Madrid, 1995, p. 33.

operación o, en cualquier caso, al transcurso de cinco años desde la publicación de la reducción en el BORME (art. 332 LSC).

Así las cosas, siendo aplicable a la reducción el régimen de la sociedad anónima, la sociedad se acoge a esta opción que admite la letra c del artículo 335 para dotar una reserva que únicamente será disponible con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social, por lo que, llegado el día, su disposición requerirá un nuevo acuerdo de la junta general. En un primer momento, la consecuencia inmediata de la constitución de la reserva por el importe de la reducción, únicamente disponible con los mismos requisitos exigidos para la reducción de capital, es la exclusión del derecho de oposición que, con carácter general, se reconoce a los acreedores de la sociedad. Mediante la constitución de una específica "reserva por capital amortizado" se evita la disminución de la cifra de retención patrimonial, de modo que únicamente se traspasan recursos propios de libre disposición a recursos propios de disponibilidad restringida (15).

Por otra parte, en esta ocasión la reducción no sólo tiene lugar mediante la devolución de aportaciones con cargo a reservas voluntarias, con constitución de una reserva indisponible, tal y como expresamente previene la letra c de artículo 335, sino que viene acompañada de una condonación de "dividendos pasivos", supuesto no contemplado por la norma. Ello justifica la negativa del registrador a su admisión, ante la tipicidad de la operación. Frente a esta posición el Centro directivo adopta una visión funcional de la reducción y, si bien acepta que esta finalidad también se ubica entre las reducciones reales o efectivas y admite que no se trata de una "reducción con cargo a beneficios o reservas libres", considera que la posición de los acreedores resulta igualmente amparada en este caso con la constitución de una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas, cuya disposición queda sometida

(15) Así el Plan General Contable lo define en la partida 1142, "Reserva por capital amortizado", como "el nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o a reservas disponibles. También se incluirá el nominal de las acciones o participaciones de la propia empresa amortizadas, si han sido adquiridas por ésta a título gratuito. La dotación y disponibilidad de esta cuenta se regirá por lo establecido en el artículo 167 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 80 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, respectivamente."

a los mismos requisitos que los exigidos para la reducción del capital social (16).

Late, en esta última idea, la necesidad de evitar “distribuciones indebidas” entre los socios, en perjuicio de la posición de los acreedores sociales o de otros interesados en el correcto funcionamiento de la entidad (17). Especialmente ello acontece en el supuesto de la condonación de dividendos pasivos. Véase aquí, aparte de las previsiones generales del artículo 17 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que el apartado tercero de su artículo 36 exige que las garantías de los acreedores se mantengan “cuando la reducción del capital suscrito se realice por dispensa total o parcial del pago del saldo de las aportaciones de los accionistas”. Cuestión distinta será que la reserva y las limitaciones de disposición que se contienen en el artículo 335 LSC se consideren suficientes para dispensar esta protección (18).

(16) Con carácter general, ANDREU MARTÍ, M. M., “Concepto de reserva a efectos de la reducción del capital social por pérdidas (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 2013)”, *Archivo Compendio de Jurisprudencia Societaria* (2013-2014) (dir. J. M. EMBID IRUJO; coord. R. ALFONSO SÁNCHEZ/M. M. ANDREU MARTÍ), ed. Comares, Granada, 2014, pp. 55-59.

(17) Esta preocupación es constante en el Derecho alemán a través de la prohibición de la devolución indebida de las aportaciones (*Verbot der Einlagenrückgewahr*) contemplada el artículo 57 de la *Aktiengesetz* para la sociedades anónimas, y en el homólogo artículo 30 de la *GMbH Gesetz* para las sociedades limitadas. Éstos, sin perjuicio del específico régimen de los grupos de sociedades, en relación con el llamado *Cash-Pooling*, limitan la posibilidad de distribución entre los accionistas a aquellos beneficios repartibles que obtenga la sociedad. En particular, dentro de las diferentes formas que puede adoptar la figura, LAUBERT, T., *Aktiengesetz Kommentar*, ed. C. H. Beck; Munich, 2014, p. 300 y s, p. 302, incluye aquellos reembolsos del capital que se efectúen sin un acuerdo efectivo de reducción del capital y otros reembolsos anticipados, en relación con los artículos 222 y 225.2 de la *AKtG*.

(18) Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Al hilo de lo anterior, el inciso final del apartado primero del artículo 36 de la Directiva permite a los Estados miembros la supresión de los derechos de los acreedores si disponen de las "garantías adecuadas o estas no son necesarias habida cuenta del patrimonio de la sociedad". Con todo, la exigencia de disposición con los mismos requisitos impuestos para la reducción del capital social, como bien señala el notario autorizante, solo pospone a tal momento el derecho de oposición de los acreedores.

3. "Operación acordeón". Su incidencia para los acreedores sociales y la cifra de capital mínima para las sociedades limitadas. *Ex post* la sucesiva transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada hace que la vinculación de ambos acuerdos plantee si la posición jurídica de los acreedores se halla suficientemente garantizada a través de este mecanismo. En este caso, una vez transformada la sociedad, la reducción del capital requiere la aprobación de la junta de socios de la sociedad limitada, con la mayoría prevista para ello, y en principio, el derecho de oposición es sustituido por la responsabilidad solidaria de los socios. Aquí es donde subyace el quid de la cuestión; es decir, si a través de este mecanismo se consigue impedir que los socios puedan ejercitar el derecho de oposición que originariamente tenían reconocido.

Ciertamente, la posibilidad que autoriza el artículo 335 LSC excluye el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad anónima. Cumplida esta exigencia, por lo tanto, la cuestión se traslada a si los ulteriores criterios de disposición afectan a la operación en su conjunto. Si bien la adopción de la reducción se ha de acomodar al régimen previsto para toda sociedad anónima, una vez la sociedad se transforma en sociedad limitada se sujeta a este particular régimen legal, donde los acreedores no disponen de un derecho de oposición, que resulta sustituido por una responsabilidad solidaria de los socios. La duda se suscita en torno a las reglas de disponibilidad de la reserva. En estos términos, el régimen de disponibilidad se ha de ajustar a los términos de la adopción del acuerdo y a la exigencia de disposición con los mismos requisitos que para la reducción del capital social que impone la letra c del artículo 335 LSC. Sin embargo, atendiendo al régimen de la sociedad de destino para la disponibilidad de la reserva, el apartado segundo del artículo 332 LSC únicamente limita la disponibilidad al plazo de cinco años des-

de la publicación de la reducción en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, excepción hecha de la anterior satisfacción de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en la que la reducción fuera oponible a terceros.

A partir de esta consideración advierte el Centro directivo que la indisponibilidad de la reserva ofrecida por la sociedad al tiempo de la adopción del acuerdo no resulta alterada por el cambio de régimen jurídico aplicable a la sociedad. En consecuencia, como la exigencia de disposición con los mismos requisitos que la reducción de capital resulta más favorable a los acreedores que la aplicación del régimen del artículo 332 para las sociedades limitadas, entiende la Dirección General que la protección dispensada a los terceros resulta inmutada. Con ello se concede a los acreedores incluso mayor protección que la reserva que requiere el artículo 332 LSC en la sociedad limitada para la exclusión de la responsabilidad solidaria de los socios. La admisibilidad de este argumento para la transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada, sin embargo, habría de decaer en el caso contrario de transformación de sociedad limitada en anónima, donde la protección de los acreedores es menos robusta ante la falta de un derecho de oposición a la operación. Este derecho de oposición permanece, de este modo, cuando se pretenda la disposición de la reserva, aun cuando la sociedad se haya transformado en sociedad limitada.

Para alcanzar esta conclusión el Centro Directivo toma como referente, por su identidad funcional con el supuesto planteado, la solución contemplada en la llamada "operación acordeón" o a "golpe de acordeón" ("*coup d'accordéon*"). La forma más frecuente de esta operación es la de reducción y ampliación simultáneos de capital, pero esto no obsta para que pueda ser llevada a cabo mediante una simultánea transformación de la sociedad, singularmente en los casos de transformación de sociedad anónima en sociedad limitada (cfr., art. 343 LSC) (19). Por otra parte, y aunque sea la práctica

(19) A esta primera se refiere el artículo 38 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, en relación con el anterior artículo 34 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, cuando señala que "El capital suscrito no podrá ser reducido a un importe inferior al capital mínimo fijado de conformidad con el artículo 6. No obstante, los Estados miembros podrán autorizar tal

más frecuente y su supuesto paradigmático, la compensación de pérdidas no es el único motivo que justifica el recurso a esta operación sobre el capital social. La "polifuncionalidad" de la operación permite su extensión a otras modalidades y finalidades de la reducción, si bien se ha de estar, de nuevo, al régimen de oposición de los acreedores en la sociedad anónima y a la posibilidad de su exclusión mediante la dotación de la oportuna reserva de disponibilidad restringida.

Sin embargo, en el caso de transformación de la sociedad, a diferencia del simultáneo aumento del capital, no tiene lugar una "reintegración" del capital social que permita colegir la neutralidad de la operación para los acreedores sociales; tampoco en los supuestos de devolución del valor de las aportaciones o la condonación de las aportaciones pendientes (20). Solamente a través de esta constitución de la reserva por capital amortizado, con cargo a reservas libres o beneficios, y en su caso, por la cuantía de los dividendos condonados, se pospone, como una suerte de *vacatio*, la protección de los acreedores al momento en el que se pretenda su disposición, que es cuando efectivamente puede entrañar un peligro para los acreedores.

De este modo, la "operación acordeón" se compone de dos acuerdos recíprocamente condicionados, que en su conjunto comprenden una modificación social y estatutaria compleja. Así lo demuestra la exigencia registral de la simultánea presentación a inscripción de los acuerdos de reducción y transformación o ampliación, junto, en su caso, con la ejecución del acuerdo de aumento del capital (*vid.* arts. 344 y 345 LSC). Con ello se refuerza la inmediatividad, isocronía, o condicionamiento recíproco de ambos acuerdos. Un caso similar al aquí tratado puede encontrarse en el artículo 650 de la *Companies Act* inglesa, que, ante una resolución judicial de reducción del capital social de una "Public Company" por debajo del míni-

reducción si tienen previsto igualmente que la decisión de proceder a una reducción solo surtirá efectos si se ha procedido a un aumento del capital suscrito destinado a poner a este a un nivel al menos igual al mínimo establecido".

(20) Al respecto, puede verse la relevante RDGRN de 23 de febrero de 2000 (EDD 2000/1807). Así, para BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R., *La reducción del capital social en la sociedad de responsabilidad limitada*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 123, a estos efectos, será suficiente la recuperación del importe nominal del capital social.

mo legal permitido, requiere, con carácter general, la previa inscripción de la sociedad como "Private company" (21). De igual modo, en nuestro sistema el carácter complementario de los dos acuerdos funcionalmente vinculados impone que la validez de la operación exija la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de cada uno de los acuerdos (22). Aunque esta operación conlleva dos acuerdos separados –de reducción/transformación o de reducción/aumento– ambos asumen funcionalmente un carácter unitario. Sin embargo se ha de respetar la autonomía conceptual de tales acuerdos, por lo que se precisa la estricta observancia de los específicos requisitos requeridos para cada uno de ellos (23).

Sirva todo lo anterior para reconocer que la unicidad de este acuerdo de reducción "mixta" previo al acuerdo de transformación permite la inscripción de toda esta operación compleja en su conjunto, sin que de ello se deduzca merma alguna de los derechos de los acreedores, si se cumplen los requisitos exigidos para cada uno de ellos. En este punto, la transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada, de un lado, permite mantener la cifra del capital social en relación con el mínimo legal exigido en la sociedad de destino. De otro, la expresa voluntad de someter la disponibilidad de la reserva creada a los mismos requisitos que la reducción excluye la existencia de perjuicio alguno respecto de terceros en general y de los acreedores en particular, de modo que la tutela se traslada al momento posterior en el que eventualmente se pretenda la disposición de la reserva. Es entonces cuando se reactivarán los derechos

(21) "(1) This section applies where the court makes an order confirming a reduction of a public company's capital that has the effect of bringing the nominal value of its allotted share capital below the authorised minimum. (2) The registrar must not register the order unless either— (a) the court so directs, or (b) the company is first re-registered as a private company. (3) Section 651 provides an expedited procedure for re-registration in these circumstances".

(22) Para el caso de la de reducción y ampliación simultáneas así lo exigen las RRDGRN de 28 de abril de 1994 (RJ 1994, 3071), de 16 de enero de 1995 (RJ 1995, 365) y de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1082).

(23) Al respecto se pronuncia también la RDGRN de 23 de febrero de 2000 (RJ 1082/2000).

que la regulación concede a los acreedores por las deudas anteriores, independientemente del plazo transcurrido (*vid.*, art. 335 c LSC y cfr., art. 332,2 LSC).

3. La necesaria publicación del acuerdo de reducción. Su posición y su carácter autónomo respecto del derecho de oposición. Como ha sido apuntado, pese a la unicidad de la operación, se han de cumplir los requisitos exigidos para la adopción e inscripción de cada uno de los acuerdos. Ello lleva al registrador a aplicar a dicha operación los requisitos previstos para las sociedades anónimas en los artículos 317 y siguientes de la Ley de sociedades de capital y, en consecuencia, a requerir la publicación del acuerdo de reducción en virtud de la precisión del artículo art. 319 LSC. En este punto el Centro directivo mantiene la calificación del registrador, y, como se dirá, no traslada la publicación del acuerdo al momento posterior en el que se pretenda la disposición de la reserva.

En primer lugar, la validez de la operación acordeón exige la concurrencia de los requisitos legales impuestos para la reducción del capital social (cfr. arts. 318 y 319 LSC) (24). Para ello, además de cumplir los requerimientos generales de las modificaciones estatutarias, debido a su trascendencia y complejidad procedimental, la reducción ha de seguir unas exigencias específicas, a las que se pueden unir otras según la modalidad o la finalidad de la operación. En particular, por cuanto aquí interesa, en el caso de la sociedad anónima el acuerdo deberá ser objeto de publicación en el BORME y en la página web de la sociedad o, si ésta no existe, en un periódico de gran circulación en la provincia del domicilio (*vid.* art. 319 LSC). Esta publicación, si bien tiene especial relevancia cuando el régimen aplicable reconoce un derecho de oposición a los acreedores, tanto

(24) En este sentido, en STS de 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8298) y en las RRDGRN de 28 de abril de 1994 (RJ 1994, 3071) y 16 de enero de 1995 (RJ 1995, 365); entre ellos, los requisitos exigibles para la modificación de estatutos, así como la mención en el acuerdo de la Junta de la cifra de reducción del capital, la finalidad, el procedimiento y el plazo de ejecución de la reducción, y, en su caso, la suma que haya de abonarse, si procediera, a los socios; y la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en su defecto, en un periódico de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio.

en la legitimación como respecto de los plazos para su ejercicio (cfr., arts. 334 y 336 LSC), no resulta limitada al reconocimiento de este derecho, sino que, por la trascendencia de la decisión, debe cumplirse en cualquier modalidad de reducción (25).

A este criterio se adscribe la presente Resolución cuando destaca el carácter autónomo e incondicionado de la publicación de la reducción de capital respecto de la existencia o no de un eventual derecho de oposición (26). La extensión de esta publicación obligatoria a las reducciones nominales o por pérdidas, donde los acreedores carecen de este derecho, se fundamenta en la trascendencia que hacia el exterior tiene la adopción del acuerdo y de su contenido, y no sólo para los acreedores anteriores a la publicación, sino para los terceros que se relacionan con la sociedad y para el mercado en general. Se trata, por lo tanto y a diferencia del mecanismo de comunicación personal que puede utilizarse en las sociedades limitadas (cfr., art. 333.2 LSC), de un instrumento de publicidad legal que tiene el carácter más amplio de "mera publicidad-noticia". Y si bien se trata de un mecanismo de "protección débil", desligado, como se ha dicho, de la existencia de un derecho de oposición en favor de los acreedores, ello sin embargo no autoriza su incumplimiento (27).

Pese a la puridad de la apreciación, conviene detenerse en otros criterios. De una parte, se ha de estar a la incidencia que la falta de

(25) Al respecto, véase la RDGRN de 6 de junio de 1995 (RJ 5326/1995).

(26) Con ello mantiene la misma posición que en las anteriores Resoluciones de 14 julio de 1995, de 3 de septiembre y 30 de octubre de 1998, de 14 de marzo de 2005 y de 3 de junio de 2013.

(27) El artículo 34 de la Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, declara que "Toda reducción del capital suscrito, con excepción de la ordenada por decisión judicial, al menos deberá estar subordinada a una decisión de la junta general, que decidirá según las reglas de *quorum* y de mayoría fijadas en el artículo 44, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 40 y 41. Esta decisión será objeto de una publicidad, efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE" del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros.

publicación del acuerdo de reducción tenga para los acreedores a los efectos de la eventual impugnación del acuerdo (cfr. art. 204.2 LSC, en relación con la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley) (28). En segundo lugar, se ha de estar a la efectiva existencia de acreedores, y si bien la manifestación en la escritura de su inexistencia no sirva para eximir de aquella publicación, quizá, ante la falta de un derecho de oposición, esta declaración en la escritura pública pueda servir para extender a los administradores la responsabilidad por su eventual existencia sobrevenida. En tercer lugar, alude el notario autorizante a una duplicidad de la publicidad de la reducción, primero con la adopción del acuerdo y luego cuando se acuerde la disposición de la reserva por capital amortizado, de modo que no existiendo riesgo de disminución de la solvencia patrimonial de la sociedad, este requisito debiera quedar hasta entonces suspendido.

Conviene, alcanzada esta instancia, detenerse en la publicidad del acuerdo de transformación y en la evolución de la figura (29). Tras la Ley de Modificaciones Estructurales de la Sociedades Mercantiles ha tenido lugar una unificación del sistema de publicación de los acuerdos sociales, con lo que la publicidad de la transformación se habrá de realizar mediante la publicación del acuerdo en el BORME y en un diario de gran circulación provincial. Alternativamente esta publicidad puede también tener lugar mediante la comunicación individual por escrito a todos los socios, titulares de derechos especia-

(28) Desde una perspectiva finalista de la cuestión, pueden verse las RRDGRN de 28 de abril de 1994 y 16 de enero de 1995. Puede verse también, a luz de la postura de la Dirección General según la cual “no cabe exigir la realización de trámites y formalidades que gravan sin justa causa la marcha económica de las sociedades”, ESPÍN GUTIÉRREZ, C., “La verificación y aprobación del balance en las variaciones del capital social”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 43, 2014, pp. 55-83, versión digital pp. 1-13, p. 10.

(29) El artículo 134 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 exigía que el acuerdo de transformación “se publicará tres veces en el Boletín Oficial del Estado y en los periódicos de gran circulación de la provincia en que la Sociedad tenga su domicilio”. Por su parte, el artículo 224 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 dispuso que “2. El acuerdo se publicará tres veces en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en los periódicos de gran circulación en la provincia en que la sociedad tenga su domicilio”.

les y acreedores en los domicilios que hayan puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en sus domicilios legales (*vid.*, art. 14 LMESM, y cfr., art. 43.2 en la fusión y en la escisión y art. 87 en la cesión global) (30).

De este modo, se permite la sustitución de la “publicidad institucional” por otros procedimientos de comunicación personal por escrito a todos los interesados en los que su recepción quede asegurada. En tal caso sí que parece plausible que los administradores cumplan con esta obligación mediante la declaración en la escritura pública de la inexistencia de acreedores. Por otra parte, siguiendo la pauta marcada por la doctrina registral, refrenda esta postura la admisibilidad, cuando el acuerdo sea adoptado con el voto favorable de todos los socios, de la falta de constancia de la publicación del acuerdo en el BORME y en los periódicos correspondientes en la escritura pública que documente la transformación (*vid.* art. 220.1.1.º RRM) (31). Por ende, no será necesaria la publicación si el acuerdo ha sido adoptado con el voto favorable de todos los socios (32).

Pero también se ha de indicar que en la transformación los acreedores no disponen, como sí acontece en otras modificaciones estructurales, de un derecho de oposición, pues en principio esta ope-

(30) Aunque los acreedores no tengan reconocido un derecho de oposición, para BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación de las sociedades mercantiles”, *Noticias de la UE*, núm. 309, 2010, pp. 11-23, p. 18, esta comunicación puede tener incidencia para el conocimiento sobre un cambio de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, especialmente cuando supone el inicio de la prescripción de cinco años de la responsabilidad personal por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación del artículo 21.2 LMESM.

(31) Según RRDGRN de 17 de junio de 1992, de 2 y 3 de marzo, de 6 y 19 de marzo y de 1 de septiembre de 1993, y de 2 de mayo de 1994.

(32) En estos casos, en Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2012, GRIMALDOS GARCÍA, M. I., “Junta universal: transformación de SA en SL por unanimidad. publicidad necesaria para la inscripción”, en http://commenda.es/detalle_trabajo/93/rdgrn-6-de-julio-de-2012.-junta-universal.-transformacin-de-sa-en-srl-por-unanimidad.-publicidad-necesaria-para-la-inscripcin, frente a la postura rigorista del Centro directivo, patrocina una interpretación correctora, tal como ocurrió respecto del art. 224 LSA, precisamente para no hacer incurrir a las empresas en gastos que en ocasiones como las que se plantean en el supuesto de hecho concreto resultan perfectamente innecesarias para la correcta tutela de los intereses en presencia.

ración no afecta a la situación patrimonial de la sociedad, excepción hecha de las medidas tuitivas que recoge su régimen legal para la determinación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (cfr., art. 21 LMESM) (33). Tampoco existe este derecho en el caso presente de reducción de capital con dotación de reserva por capital amortizado, pues se pospone al momento en el que tenga lugar la disposición de la reserva, según las reglas de la reducción. Sin embargo, el Centro directivo mantiene la exigencia de publicidad, como ya hiciera en otras ocasiones para la transformación, basándose, de una parte, en que aunque la reducción del capital se halle compensada por la constitución de esta reserva de "disponibilidad restringida", con la subsiguiente transformación de la sociedad en sociedad limitada variarán los mecanismos de garantía de sus derechos. Esta afirmación resulta desmentida desde el momento en que en la disposición se han de mantener los requisitos de la reducción exigibles al tiempo de la adopción del acuerdo.

En segundo lugar, sí que resulta más sólido el argumento que sostiene el carácter autónomo de la publicación respecto del derecho de oposición de los acreedores y su carácter general para toda reducción en la sociedad anónima con base en el dictado del artículo 319 LSC. Por ello la Dirección General mantiene solo en este punto la calificación del registrador y exige la acreditación de las publicaciones de la reducción acordada. Quizá una orientación distinta en aras a evitar cargas añadidas al funcionamiento de la sociedad, cuando como en el caso analizado, mediante la constitución de la oportuna reserva queden preservados los intereses en presencia, permitiría, como pretende el notario autorizante, trasladar este requisito a un momento ulterior de la disposición de la reserva. Pero es igualmente cierto que la reserva puede permanecer de forma indefinida registrada en la contabilidad.

O quizá otra opción podría consistir en considerar la publicación sólo para aquellas sociedades anónimas que tengan la condición «entidades de interés público», cuya actividad incida en el mercado más allá de las relaciones con los acreedores sociales. No obstante, se ha de admitir que la actual normativa tampoco permite esta

(33) Sobre los efectos beneficiosos de la transformación para los acreedores, según la modalidad adoptada, en virtud del régimen legal, VEGA VEGA, J. A., "Problemas en la transformación", *cit.*, p. 173.

discriminación (34). Con todo, la vinculación de los acuerdos de reducción y transformación exigiría, en principio, una publicación conjunta en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Téngase sin embargo en cuenta que en la reducción esta última publicación queda sustituida por la publicación del acuerdo en la página web de la sociedad, pero solo si dispusiera de ella, ya que su obligatoriedad únicamente se impone en las sociedades cotizadas (cfr., arts. 11 bis, 319 y 345 LSC y art. 14 LMESM).

D) CONCLUSIÓN

Algunos de los aspectos de más complicada resolución en el Derecho de sociedades de nuestro tiempo tienen que ver con la coordinación de las reglas del capital, especialmente cuando se entrecruzan operaciones que afectan a éste con alguna de las formas típicas de las modificaciones estructurales. Esta disfuncionalidad se observa en el distinto régimen jurídico aplicable en uno y otro caso y en la necesidad de coordinar las normas de la Ley de sociedades de capital con las de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Un primer elemento a considerar en la sincronía de estas soluciones es el momento de la adopción de los acuerdos y su afectación a los legítimos derechos de los acreedores. Así, si ningún perjuicio les causa ni existe una intención defraudatoria de sus derechos, parece adecuado mantener la previa reducción del capital a la sucesiva transformación de la sociedad dentro del ámbito del régimen jurídico que le es en ese momento aplicable.

Según estos criterios, la constitución de una reserva “por capital amortizado” de “disposición restringida” con los mismos requisitos que los exigidos para la reducción del capital confiere mayor protec-

(34) Acerca de la delimitación de las llamadas «entidades de interés público» puede verse el artículo 2 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, y el Reglamento (UE) número 537/2014 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, que recoge los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público.

ción a los socios que la dispensada por el régimen de la sociedad de destino, en relación con los artículos 335 y 332 LSC. Para encontrar una solución ponderada recurre el Centro directivo a la figura de la "operación acordeón", que admite, dentro de su distinta tipología, la reducción y simultánea transformación de la sociedad. Ello sirve para arrojar luz sobre la admisibilidad tanto de ambos acuerdos adoptados sucesivamente en la junta, como acerca de los términos en los que resulta constituida la reserva, que se somete a los mismos requisitos que la reducción, y para acreditar que con ello que no se causa perjuicio alguno a los terceros en general y a los acreedores en particular.

Aun y con esto, el carácter autónomo e incondicionado de la publicación del acuerdo de reducción de capital, incardinado en la regulación aplicable a toda reducción en las sociedades anónimas, exige, según el Centro directivo, su estricto cumplimiento para que la escritura tenga acceso al Registro mercantil. Frente a la posición funcional que adopta la Dirección General para aceptar, entre otros puntos sensibles, la constitución de la reserva como mecanismo para cubrir la condonación de dividendos pasivos, que no tiene previsión expresa en el artículo 335 LSC, en esta materia mantiene una línea formal acorde con otras resoluciones anteriores. Ciertamente se trata de un mecanismo de "protección débil", con carácter de "mera publicidad-noticia", pero que es de aplicación incluso cuando los acreedores estén desprovistos de un derecho de oposición.

Si su finalidad sin embargo, atiende al derecho de los acreedores y de los terceros a ser informados, en atención a la trascendencia del acuerdo social en cuestión, se podría plantear su exoneración cuando no existan tales acreedores y cuando la sociedad no se trate de una "entidad de interés público". Quizá en tales supuestos exigir la publicidad supondría la imposición de trámites y formalidades que graven sin justa causa la marcha económica de las sociedades. Incluso en el caso presente los medios de publicación y comunicación exigidos para la transformación podrían integrar la falta de publicidad de la reducción. Con todo, la exigencia expresa del artículo 319 LSC, desde una visión literal de la norma y dado el carácter autónomo de la reducción dentro del conjunto de esta operación, impide esta apreciación.

LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DEL SOCIO ¿PRESTACIÓN ACCESORIA, DEBER FIDUCIARIO O PACTO PARASOCIAL?

Comentario a la RDGRN de 5 de junio
de 2015

Paula del Val Talens

Investigador en formación MINECO (1)
Universidad de Valencia

Partes: Notario recurrente y Registrador Mercantil de Valencia.

Resumen Fallo: La DGRN se pronuncia en contra de incorporar una prohibición de competencia para todos los socios a los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, si la cláusula no se configura de acuerdo con los requisitos legalmente exigidos en el artículo 86 LSC para las prestaciones accesorias, expresando su carácter gratuito o retribuido.

Fuente: BOE núm. 163, de 9 de julio de 2015, págs. 57140 a 57143.

A) HECHOS

La escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada incorpora a los estatutos sociales una disposición por la que se prohíbe a todos los socios realizar actividades en concurrencia

(1) Ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores 2014, Ministerio de Economía y Competitividad/FSE. Proyecto DER2013-44438-P “La renovación tipológica en el Derecho de sociedades contemporáneo”, cuyo investigador principal es el Prof. José Miguel EMBID IRUJO.

con la sociedad –coincidentes con el objeto social o con la actividad por ella desarrollada–, ya sea por cuenta propia o ajena. La cláusula prevé la posibilidad de *dispensar* al socio de la obligación si existe acuerdo “*unánime de todos los concurrentes*”. Asimismo, se establece que el incumplimiento de la prohibición estatutaria determinará la indemnización de los daños y perjuicios causados, a lo que se añade una pena convencional, consistente en la pérdida del dividendo que corresponda al socio infractor en el ejercicio en que se verifique el incumplimiento, así como en los dos siguientes, en beneficio “*del otro socio*”. De esta última mención se desprende que el capital social se encuentra repartido entre dos personas, si bien no se concreta qué proporción corresponde a cada una.

Presentada a su inscripción, el registrador rechaza incorporar la referida disposición, al considerar que recoge una prestación accesorio a cargo de todos los socios y, como tal, de acuerdo con el artículo 86.1 LSC, es necesario que los estatutos expresen su carácter gratuito o retribuido. El notario recurrente funda su argumentación sobre el carácter obligacional o convencional de la cláusula controvertida, en el sentido de que constituye un compromiso que los socios asumen recíprocamente y no frente a la sociedad. De esta forma, sostiene el recurrente que la disposición no constituiría una prestación accesorio. Subsidiariamente, en caso de calificarse como tal, entiende que la naturaleza sinalagmática de la obligación es suficiente para imputarle carácter oneroso y, por consiguiente, resulta prescindible la mención expresa al carácter retribuido o gratuito. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma la calificación registral y considera que una disposición de tales características sólo tiene cabida en los estatutos sociales si se adapta al esquema de la prestación accesorio. De lo contrario, se trata de un mero acuerdo convencional, cuya validez no cuestiona, pero que se sitúa fuera del contrato de organización, configurándose como un pacto parasocial.

B) DOCTRINA

La DGRN concibe sólo dos alternativas para la configuración de una prohibición de competencia a cargo de los socios en la sociedad de responsabilidad limitada. Como obligación corporativa debe

amoldarse a los presupuestos de validez de la prestación accesoria, para así poder figurar en los estatutos. De lo contrario, se considera un mero acuerdo convencional, calificable como pacto parasocial, cuya constancia estatutaria queda descartada.

C) COMENTARIO

1. Justificación del análisis. En el expediente resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, objeto de comentario, se debate la inclusión en los estatutos de una disposición que prohíbe a los socios realizar actividades en concurrencia con la sociedad. El pronunciamiento del centro directivo es contrario a la mención estatutaria de obligaciones para los socios, adicionales a la aportación (en particular, de la prohibición de competencia), si éstas no se configuran como prestaciones accesorias y reúnen las menciones exigidas por el artículo 86 LSC. Tomada a *sensu contrario*, según esta tesis, no existirían los deberes estatutarios de los socios diferentes a las prestaciones accesorias, solución hermenéutica que no parece encajar con una interpretación sistemática de la Ley de Sociedades de Capital y, en particular, de sus artículos 28, 190.1.c) y 291. Antes de profundizar en su contenido, debe advertirse que, en un momento de su argumentación, la DGRN hipotetiza sobre la admisibilidad de obligaciones de los socios que no coincidan con la prestación accesoria. Al hacerlo, parece sugerir que la cláusula estatutaria cuya inscripción se rechaza no tendría cabida en esta segunda categoría conceptual por no quedar claramente reflejado su carácter corporativo o convencional (2). De nuevo, *a contrario*, una disposición obligacional tendría cabida en estatutos como meramente formal [en sentido técnico-jurídico (3)] si los socios, al formularla, expresaran que le confieren esta naturaleza. No es éste, sin embargo, el criterio del centro directivo quien, acto seguido, reitera su postura contraria a que los pactos convencionales consten

(2) Véase el párrafo sexto del FD 2 de la resolución objeto de comentario.

(3) Véase *infra* 2.

en los estatutos (4), desmintiendo las hipótesis anteriores. Aparte de esta escueta mención a otros deberes de los socios, del grueso de la argumentación, junto a la confirmación de la calificación impugnada, resulta que el vicio que impide la inscripción de la cláusula es la ausencia de mención sobre el carácter gratuito o retribuido y no la opacidad sobre su naturaleza corporativa u obligacional. El resultado es una solución interpretativa –la necesaria subsunción de la prohibición de competencia en el esquema de las prestaciones accesorias para su constancia estatutaria– que no puede ser acogida, al menos, en los términos en que se fundamenta en la resolución.

2. El criterio de la DGRN sobre el carácter *corporativo* de las disposiciones estatutarias. En su resolución, el centro directivo propone una clasificación tripartita de los pactos incluidos en la escritura de constitución (5). Los primeros, denominados *propriamente contractuales* son definidos como aquéllos que producen efectos entre los socios y cuya modificación requiere el consentimiento de todos ellos, para lo cual remite a los artículos 1091 y 1258 CC. Distintos son los pactos de contenido organizativo o *corporativo*, referidos al estatuto jurídico del socio y a los órganos sociales, que sólo pueden ser modificados siguiendo el sistema de mayorías cualificadas establecido por la legislación societaria (art. 288 LSC y concordantes). Si los primeros tienen eficacia relativa, los segundos producen efectos *erga omnes*. A los anteriores, la DGRN añade los *pactos de organización societaria inicial*, entendidos como aquellos acuerdos que los socios alcanzan en el momento fundacional y cuya modificación se rige por el sistema de mayoría ordinaria. No lo dice expresamente la resolución, pero, el criterio del órgano resolutorio es que los primeros y los terceros no integran los estatutos sociales, conformados exclusivamente por los pactos corporativos, aunque los acuerdos de organización inicial consten en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil. Esta clasificación coincide con la

(4) Ya manifestado en otras resoluciones, como la RDGRN de 24 de marzo de 2010 [RJ 2010\1492].

(5) Véase el párrafo segundo del FD 2 de la resolución objeto de comentario.

manejada en otras resoluciones, en las que también se distingue entre previsiones *escriturarias* y *estatutarias* (6).

Junto a los anteriores binomios (escrituario/estatutario, corporativo/convencional), la DGRN menciona un tercer criterio al rechazar la inscripción aduciendo que “*la inclusión formal [de la cláusula] en los estatutos, sin expresar su carácter corporativo o meramente convencional*” no satisface los requisitos de claridad necesarios para figurar en estatutos y, más tarde, concluye que la disposición debe ser interpretada como “*formalmente estatutaria*”. La distinción entre cláusulas estatutarias de orden material (*materielle*; también denominadas propias –*echte*– o corporativas –*korporative*–) y formales (*formelle, unechte* o *nichtkorporative*) tiene notable arraigo en el ordenamiento jurídico alemán (7). Entre las cláusulas materiales, habría algunas que deben considerarse necesariamente materiales, en la medida en que sólo pueden tener eficacia si se recogen expresamente en los estatutos, mientras que serían no necesariamente materiales aquéllas que también podrían hallar fundamento a su eficacia fuera del texto estatutario y su incorporación responde, pues, a un criterio de oportunidad (8). La línea divisoria entre ambas es difusa y sólo existe auténtico consenso doctrinal sobre el carácter necesariamente material de ciertas menciones estatutarias, a saber, aquéllas que constituyen el contenido mínimo de la escritura de constitución (9).

(6) Por ejemplo, en la RDGRN de 24 de marzo de 2010 [RJ 2010\1492], en su FD2. En este caso, el centro directivo rechaza la inscripción de una disposición que aparece junto a un acuerdo de nombramiento de administradores en el que se exige mayoría reforzada para su separación y que encajaría en un supuesto de derogación singular de los estatutos, en los términos que explica CAMPINS VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 242, 2001, pp. 1685-1710 [versión electrónica].

(7) Entre nosotros, ha acogido esta clasificación, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Ed. Civitas, Madrid, p. 31.

(8) WICKE, H., “§3 GmbHG”, FLEISCHER, H., GOETTE, W. (eds.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung-GmbHG*, 2.^a ed., vol. I, Ed. C. H. Beck, München, 2015, pp. 339-425, en concreto, p. 371.

(9) MICHALSKI, L., “§ 3 GmbHG Inhalt des Gesellschaftsvertrag”, *GmbHG*, 2.^a ed., Ed. C. H. Beck, München, 2010, marginal 88.

La noción de cláusula corporativa en la comprensión de la DGRN parece, pues, coincidir con el significado que el ordenamiento foráneo atribuye a las disposiciones estatutarias *necesariamente corporativas*. Ello puede deberse a que el centro directivo no sólo identifica lo estatutario con lo corporativo (lo necesariamente corporativo), sino que le atribuye en todo caso valor normativo, es decir, rector de la vida social, oponible *erga omnes*. Por consiguiente, tampoco contrapone las cláusulas *formalmente estatutarias* a las *materialmente estatutarias*. En cambio, utilizada por la DGRN, la expresión “*formalmente estatutario*” parece que debe entenderse en su sentido literal y, por tanto no técnico, como aquello que reviste forma estatutaria, que se incluye en los estatutos. En esta comprensión, las cláusulas formales, en su sentido técnico-jurídico, quedarían excluidas de los estatutos, salvo que se acogieran al cauce corporativo, esto es, se adaptaran al molde legal (en el ejemplo de la resolución, al propio de la prestación accesorio) para adquirir naturaleza corporativa –necesariamente corporativa y normativa– (10). Se explica así que no prosperara el argumento principal del notario recurrente, basado, precisamente y aunque no se utilice esta terminología, en el carácter formalmente estatutario (en sentido técnico) de la cláusula, en la medida en que se trataría de una obligación sinalagmática entre los socios, plenamente eficaz fuera del contrato social, pero oportunamente llevada a los estatutos. En contraste, su argumento subsidiario consistente en admitir el carácter de prestación accesorio, pero manteniendo el criterio de la ausencia de vinculación de la sociedad, no parece encajar ni en la concepción del centro directivo sobre el contenido estatutario, ni en el carácter corporativo que nuestros autores atribuyen a la institución regulada en el artículo 86 LSC.

Además de en un pronunciamiento anterior, la DGRN apoya su decisión en un argumento de tipo histórico para justificar el carácter (necesariamente) corporativo de las disposiciones estatutarias. En este sentido, afirma que la Ley de 17 de julio de 1953 sobre Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada no dis-

(10) En contra, ha considerado que no existen obstáculos para trasladar a nuestro ordenamiento la concepción alemana, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, cit., p. 34.

tinguía entre la escritura de constitución y los estatutos, obligando al intérprete a indagar sobre el carácter corporativo o convencional, en caso de plantearse dudas sobre la naturaleza de una concreta disposición. Idéntica situación normativa pervive en la Ley alemana de sociedades de responsabilidad limitada, que se refiere genéricamente al contrato de sociedad (*Gesellschaftsvertrag*). El ejemplo comparado sirve para matizar el argumento del centro directivo, en la medida en que la ley alemana de sociedades anónimas sí conoce la distinción entre escritura y estatutos, pero no por ello deja de admitirse la constancia en los segundos de cláusulas formalmente estatutarias. Como bajo la vigencia de la primera ley española de sociedades de responsabilidad limitada, en el Derecho alemán, el elemento determinante para incardinar cada disposición en una u otra categoría es la voluntad de los socios a la hora de brindar eficacia normativa a una concreta reglamentación (11).

Por último, de lo anterior resulta que en la concepción española, las prestaciones accesorias (incluida, según la DGRN, la prohibición de competencia) constituyen cláusulas necesariamente corporativas, si bien de carácter facultativo, aunque éste no es el criterio del ordenamiento comparado (12). En particular, por lo que respecta a la prohibición de competencia, en tanto la constitución de tal obligación puede tener mera eficacia obligacional y no depende de su constancia estatutaria para resultar eficaz –en otros términos, la constancia estatutaria no tiene para ella eficacia constitutiva– debe calificarse como cláusula no necesariamente material (13).

(11) HARBARTH, S. "GmbHG § 53 Form der Satzungsänderung", *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung–GmbHG*, 1.^a ed., vol. I, Ed. C. H. Beck, München, marginal 11. La interpretación de los estatutos es eminentemente objetiva, pero, el BGH en sentencia de 11.10.1993-II ZR 155/992=NJW 1994, 51, declaró la existencia de una presunción a favor del carácter material de la disposición por su mera constancia estatutaria.

(12) Afirma expresamente que no deben considerarse necesariamente materiales por poder tener eficacia obligacional HARBARTH, S. "GmbHG § 53 Form der Satzungsänderung", cit., marginales 12-13.

(13) Como cláusula indiferente, NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, cit., p. 42. Como cláusula material (aunque, aparentemente, no necesariamente material), WICKE, H., "§3 GmbHG", cit., p. 384. SCHMIDT, K., "Nebenleistungsgesellschaften (§55 AktG, § 3 Abs. 2

3. La prohibición de competencia del socio en la sociedad de responsabilidad limitada: ¿deber fiduciario? Como es sabido, la legislación de sociedades de responsabilidad limitada no sanciona expresamente una prohibición de desarrollar actividades en competencia con la sociedad a cargo del socio. Nuestro Derecho positivo sólo la impone a los administradores (ex art. 229.1.f) LSC), si bien es cierto que el artículo 350 LSC prevé la exclusión del socio-administrador que infrinja la prohibición de competencia (14). Pero, aunque las coordenadas normativas no permitan deducir esta restricción como regla general, la prohibición de competencia ha sido examinada a la luz de los deberes fiduciarios de los socios (15). En el marco de esta disciplina, objeto de creciente atención por parte de los autores españoles (16), puede considerarse consolidada la corriente jurís-

GmbHG) zwischen Gesellschaftsrecht, Schuldrecht und Kartellrecht-Von der Rübenzucker-AG zum Nebenleistungsnetzwerk”, *Wirtschafts-und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*, Ed. C. H. Beck, München, 2004, pp. 705-722, en concreto, pp. 717 explica la inexistencia de un monopolio estatutario de las obligaciones adicionales para los socios, pero tal carácter es requerido para que éstas tengan carácter corporativo e integren el estatuto del socio.

(14) De ahí que resulte formalmente correcto afirmar, como MORALES BARCELÓ, J., “Pactos parasociales vs Estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción”; *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42, 2014, pp. 169-193, en concreto, p. 173, que esta prohibición no integra la condición de socio.

(15) WICKE, H., “§3 GmbHG”, cit., p. 384.

(16) Con apoyo en la doctrina alemana de los deberes fiduciarios, PEÑAS MOYANO, M.^a J., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 222. Entre nosotros, ALCALÁ DÍAZ, M.^a Á., “El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 9, 1997, pp. 89-142, en concreto, pp. 90-92. HERNANDO CEBRIÁ, L., “Notas para una propuesta de estatuto jurídico del socio controlador en las sociedades de capital”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 29, 2012, pp. 237-278, en concreto, pp. 241-242. MIQUEL RODRÍGUEZ, J., “Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas”, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., OLEO BANET, F., MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (coords.), *Estudios de Derecho Mercantil en memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Ed. Civitas, Madrid, 2010, pp. 453-470, en concreto, p. 454. Desde el estudio de las prohibiciones de competencia general. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Prohibiciones de concurrencia”, *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 413-430, en concreto, p. 426.

prudencial y doctrinal que extrae de los deberes fiduciarios una prohibición de competencia a cargo del socio administrador –la GmbHG tampoco incorpora esta prohibición para los gestores, al contrario que el § 88 *Aktiengesetz*–, así como a cargo de los socios de control (17). En cambio, los autores se decantan mayoritariamente por rechazar que esta restricción pueda deducirse de los deberes fiduciarios para los socios minoritarios y, en tales casos, suelen declararse favorables a que la prohibición se incorpore a los estatutos por la vía del § 3.2 GmbHG (18). Conviene resaltar que, aunque éste es el precepto del que se extraen las prestaciones accesorias (*Nebenleistungspflichten*), su expresión es notablemente genérica, pues se refiere a “otras obligaciones que los socios asuman frente a la sociedad” (19). Además, la disciplina de los deberes fiduciarios pivota en torno al concepto de *Realstruktur* (la estructura real de la sociedad), principio según el cual los deberes de fidelidad que recíprocamente se deben los socios no dependen del tipo societario elegido, sino de la configuración real de la sociedad. También entre nosotros esta pauta puede resultar de utilidad para ordenar las obligaciones que se deben los socios en la sociedad cerrada. En particular, la estructura real debería ser tomada en consideración para dar solución a supuestos como el de la resolución analizada, en que el capital se encuentra repartido entre dos socios que quieren establecer el mutuo acuerdo (es decir, la unanimidad) como regla para excepcionar un deber que parece poder ser extraído de la causa del contrato social, el de no competir con la sociedad (20).

(17) CAHN, A., VON SPANNENBERG, M. A. S. “§53a AktG”, SPINDLER, G., STILZ, E. (eds.), *AktG Kommentar*, 3.^a ed., vol. I, Ed. C. H. Beck, München, 2015, pp. 541-561, en concreto, p. 550. ULMER, P., LÖBBE, M., “§ 3 GmbHG”, ULMER, P., HABERSACK, M., LÖBBE, M., *GmbHG Großkommentar*, 2.^a ed., vol. I, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 467-577, en concreto, p. 509.

(18) ULMER, P., LÖBBE, M., “§ 3 GmbHG”, cit., p. 509.

(19) Por todos, merece la pena el análisis de LUTTER, M., “Theorie der Mitgliedschaft”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 180-1&2, 1980, pp. 48-159, en concreto, p. 115.

(20) En sentido similar, extrayendo el deber de fidelidad del socio del artículo 52 LSRL y entendiendo que éste se modula en atención a la estructura real de la sociedad, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1995”; *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 30, 1999, pp. 245-286, en concreto, p. 262.

4. Los deberes estatutarios de los socios y la preferencia doctrinal por su configuración como prestaciones accesorias; en concreto, la prohibición de competencia. Hasta este punto se ha dejado sentado, por un lado, que la DGRN aboga por el carácter exclusivamente corporativo o normativo de las disposiciones estatutarias y, de otro, que aunque el Derecho de sociedades de responsabilidad limitada no sanciona una prohibición de competencia para el socio, la *estructura real* de la sociedad cerrada puede justificar la existencia de esta obligación de no hacer a cargo de los contratantes, sobre la base de la fidelidad que recíprocamente se deben. La siguiente cuestión a resolver es si, con independencia de su origen, los socios pueden incorporar una prohibición de competencia a los estatutos sólo si ésta se amolda al esquema de la prestación accesorio, como sanciona la DGRN o, en cambio, la libertad de configuración estatutaria ex artículo 28 LSC ampara otros *deberes estatutarios* de los socios. Junto al mencionado argumento histórico, el centro directivo emplea otro de esta naturaleza, aunque de perfil fáctico, aduciendo que la prohibición de competencia integra el contenido típico de las prestaciones accesorias, lo que no debe confundirse con que éstas representen la única vía legalmente admisible.

En la concepción doctrinal, aunque la prohibición de competencia del socio no ha constituido objeto central de estudio (21), los autores que se han aproximado a ella lo han hecho desde el estudio de las prestaciones accesorias y, a menudo, las han considerado un cauce adecuado a su articulación estatutaria (22). En cierto número de casos, se encuentran referencias genéricas a los deberes estatutarios (23), a veces como concreción de los deberes fiduciarios de

(21) Sirva de excepción la monografía de IVENS, M., *Das Konkurrenzverbot des GmbH-Gesellschafters: Verbotsklauseln, Treuebindung, Kartellrecht*, Ed. Mauke, Hamburg, 1987, p. 30, en la que también el autor se decanta por la prestación accesorio como vía de articulación de la prohibición.

(22) BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 362, aunque después de haber considerado que este deber puede tener origen en el contrato de sociedad.

(23) PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “La denuncia *ad nutum* de los contratos de duración indeterminada: entre el derecho dispositivo y el derecho imperativo. (Reflexiones a propósito de joint ventures y pactos parasociales”,

los socios (24), aunque también desde esta perspectiva existe cierta tendencia a concluir que la prestación accesoria es una vía adecuada, sin responder a si constituye la única posibilidad (25). Desde la óptica del estudio de los pactos parasociales, se aprecia una preferencia de orden instrumental o funcional por las prestaciones accesorias: la restrictiva interpretación registral (incluida la resolución ahora analizada) reduce significativamente la virtualidad del artículo 28 LSC y, en este contexto, se procura acomodar los acuerdos que aspiren a integrar los estatutos a fórmulas que permitan elevarlas a la esfera corporativa (26). De lo anterior pueden extraerse dos consideraciones. De un lado, resulta que las partes, consciente o inconscientemente, modulan su voluntad contractual para hacerla encajar en el corsé corporativo. Por otra parte, la preferencia doctrinal por la prestación accesoria como molde idóneo para los deberes estatutarios no parece resultado de un examen a conciencia de todas las posibilidades que ofrece el Derecho societario vigente, en la medida en que la cuestión no ha sido objeto de atención monográfica, sino sólo tangencial a los deberes fiduciarios, las prestaciones accesorias o los pactos parasociales.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., IGLESIAS PRADA, J. L., *Liber amicorum Juan Luis Iglesias*, Ed. Civitas, Madrid, 2014, pp. 839-867, en concreto, p. 858.

(24) Véase *supra* notas 17 y 18. Entre nosotros, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., "Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas", cit., p. 469 y, antes, del mismo autor, *La sociedad conjunta: (joint venture corporation)*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 300.

(25) NOACK, U., *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 1994, p. 326 considera que, en la SL, la prohibición de competencia puede aparecer como prestación accesoria, pero más tarde se suma a la corriente de opinión que la extrae de los deberes fiduciarios de los socios de control y los socios-administradores. MIQUEL RODRÍGUEZ, J., "Art. 9.º LSA", ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J. M., GÓRRIZ LÓPEZ, C. (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2.ª ed., vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 137-149, en concreto, p. 147.

(26) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El enforcement societario y registral de los pactos parasociales: la oponibilidad de lo pactado en el protocolo familiar publicado", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 29, 2007, pp. 139-183, en concreto, p. 166. PÉREZ MILLÁN, D., "Sobre los pactos parasociales: comentario a la STS 1.ª de 19 de diciembre de 2007 [RJ 2007\9043]", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31, 2008, pp. 383-396, en concreto, p. 394.

Si examinamos la admisibilidad de los deberes estatutarios más allá de las prestaciones accesorias en el Derecho positivo, la propia Ley de Sociedades de Capital no es contraria a la *existencia* de obligaciones adicionales, distintas de la aportación y de las prestaciones accesorias. Así, el artículo 291 LSC (ex arts. 145 TRLSA y 71.1.2 LSRL) prevé la creación de *nuevas* obligaciones estatutarias a su cargo y exige el consentimiento de los *afectados*. Por su parte, en materia de conflictos de interés, el artículo 190.1.c) LSC impone al socio la abstención para adoptar acuerdos que tengan por objeto *liberarle de una obligación*. Por la vía del artículo 291 LSC se ha considerado que tiene cabida en los estatutos una prohibición de competencia del socio, siempre que constituya una *nueva* obligación a su cargo, esto es, que no pueda extraerse del negocio jurídico fundacional (27).

Es cierto que el artículo 190.1.c) LSC plantea una duda interpretativa sobre el alcance de la noción de obligación, pero también sobre el significado del término liberación (28). Los autores que han estudiado la institución de las prestaciones accesorias no se han pronunciado sobre la aplicabilidad del referido precepto. En todo caso, parece que el régimen jurídico de la dispensa o liberación de obligaciones no coincide con el propio de la alteración de las prestaciones accesorias; para la dispensa de una obligación a cargo del socio basta un acuerdo mayoritario de la Junta general, mientras que la modificación o extinción de una prestación accesorias constituye una modificación estatutaria que requiere la correspondiente

(27) Maneja este criterio, aun desde el estudio de la prohibición de competencia como prestación accesorias, BARBA DE VEGA, J., *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, cit., p. 360. En concreto, en el análisis del artículo 291 LSC como mecanismo de incorporación de deberes estatutarios de los socios, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "Artículo 291 LSC", ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 2010, pp. 2140-2151, en particular, p. 2141. No hallan obstáculos a llevar tales deberes a estatutos, CAHN, A., VON SPANNENBERG, M. A. S. "§53a AktG", cit., p. 551. MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *La sociedad conjunta: (joint venture corporation)*, cit., pp. 244-245.

(28) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1995", cit., p. 269 proponía una interpretación amplia de la primera, pero identificaba la liberación con el acto extintivo de la obligación.

mayoría. Desde la perspectiva de la manifestación de voluntad del socio, la solución legal es diametralmente opuesta en la dispensa a la propuesta para la modificación o la extinción de una prestación accesoria: en el primer caso el legislador presupone que aquél antepondrá su interés individual al social y le impone la abstención, mientras que cualquier modificación de la prestación accesoria requiere su consentimiento. En ausencia de otro ejemplo, sirva de nuevo el ordenamiento comparado, en el que es doctrina consolidada del *Bundesgerichtshof* que para la dispensa de una prohibición de competencia incluida en los estatutos, sin que ésta precise la mayoría necesaria, baste un acuerdo ordinario (29). Pero, con independencia de la interacción del precepto ahora analizado con el régimen jurídico de las prestaciones accesorias, que excede de las posibilidades de este comentario (30), resulta que, legalmente, la disciplina de obligaciones del socio no se agota en el artículo 86 LSC. En otros términos, la ley parece favorable a la existencia de obligaciones a cargo del socio que no necesariamente se articulen como prestaciones accesorias.

Si se indaga en la doctrina registral sobre la admisibilidad de obligaciones a cargo de los socios que no se configuren como prestaciones accesorias, la RDGRN de 30 de marzo de 1999 (31) lidia

(29) BGH 16.02.1981-II ZR 168/79=NJE 1981, 1512. Se trataba de una sociedad familiar cuyos estatutos recogían una prohibición de competencia para todos los socios, previsión que también contemplaba el contrato de administrador. La cláusula estatutaria establecía que la prohibición podría ser dispensada por la Junta general, sin mayores precisiones sobre la mayoría exigible, por lo que el BGH remite al §47.1 GmbHG. La sentencia representa uno de los fundamentos jurisprudenciales a los deberes fiduciarios de los socios de control y del socio-administrador frente a los socios minoritarios.

(30) Parece que se presentan dos alternativas, bien considerar que el artículo 89 LSC, aplicable a las prestaciones accesorias, constituye norma especial frente al 190.1.c) LSC o que la noción de “liberación” debe identificarse con la suspensión de la obligación, pero no es determinante de su extinción; en este segundo caso la dispensa se aproxima a una derogación singular de los estatutos. En este sentido, CAMPINS VARGAS, A., “Derogación singular de los estatutos”, cit., p. 10/18

(31) RJ\1999\2189. En la misma línea, en el supuesto resuelto por la RDGRN de 7 de abril de 1981 [RJ 1981\2184 y RJ 1981\1794], consta inscrita una prohibición de competencia, de la que tampoco se concreta su

con diversas disposiciones estatutarias que introducen obligaciones a cargo de los socios, sin referirse en su argumentación a la institución de la prestación accesorio. En esta resolución, la primera de las cláusulas cuya inscripción se rechaza impone a los socios la asistencia obligatoria a la Junta general. Sin embargo, el centro directivo entiende que ésta constituye, en todo caso, una prerrogativa del socio, pero no puede ser configurada como una carga (32). Seguidamente, se desecha la incorporación a estatutos de una cláusula que establece un deber de fidelidad de los socios, junto a una pena convencional de exclusión del socio infractor, previa decisión discrecional de la Junta general (33). Del expediente se desprende la constancia estatutaria de una prohibición de competencia no configurada como una prestación accesorio. En efecto, de tratarse de una prestación accesorio no se discutiría la admisibilidad de una decisión discrecional de la Junta como sanción a su incumplimiento, en tanto la exclusión del socio por tal causa se halla la prevista en el artículo 350 LSC (ex. art. 98 LSRL).

La tendencia doctrinal a identificar cualquier obligación adicional a la aportación con la prestación accesorio contrasta con la relativa amplitud con que la ley acoge las obligaciones de los socios en sus artículos 190.1.c) y 291 LSC, así como con la doctrina registral anterior. Es cierto, sin embargo, que los deberes estatutarios de los socios no han tenido un desarrollo suficiente que cristalice en la concreción de su régimen jurídico. En primer lugar, su plasmación estatutaria en cualquier momento posterior al fundacional, haría necesario distinguir los supuestos en que la obligación ha nacido con el contrato de sociedad (y constituye ya un deber fiduciario), para los cuales bastaría una modificación estatutaria, sin resultar de aplicación el artículo 291 LSC. Según se ha señalado, para su dispensa

carácter de prestación accesorio y respecto de la que se discute la sanción inscribible.

(32) Solución no del todo satisfactoria de acuerdo con HERNANDO CEBRIÁ, L., “Apuntes sobre el abuso del socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 283, 2012, pp. 271-324 [versión electrónica], en concreto, p. 16/51.

(33) MIQUEL RODRÍGUEZ, J., “Reflexiones sobre los deberes de fidelidad de socios y accionistas”, cit., pp. 468-469, entiende que el rechazo de la DGRN se relaciona con la redacción de cláusula en el caso particular, no con su postura contraria a la mención estatutaria de deberes fiduciarios.

sería suficiente el acuerdo mayoritario de la Junta, con abstención del socio afectado, sin coincidir esta institución con la de la extinción de la obligación estatutaria, que precisaría una modificación de los estatutos, con acuerdo mayoritario reforzado. Al constituir la prohibición de competencia, en tanto obligación de no hacer (ex arts. 1088 y 1099 CC), una carga para los socios, no planteará problemas la obtención del consentimiento de los afectados para su extinción, a diferencia de aquellos casos en los que la obligación tiene a la vez el carácter de prerrogativa para el socio (34). En este punto, se plantea la duda de si, en tanto deberes sociales, los de carácter estatutario deben afectar a todos los socios y no cabría, como en el caso de las prestaciones accesorias, configurarlos a cargo de socios concretos o de participaciones determinadas. Si acudimos a la construcción de los deberes fiduciarios, la asimetría en la participación en el capital social y, con ella, el poder que concentra cada socio permiten justificar una distinta proyección de tales deberes sobre cada uno de ellos. Por su parte, la literalidad del artículo 291 LSC parece también apoyar que la obligación se configure a cargo de todos o sólo algunos de los socios, siempre que se determine claramente. Por supuesto, lo anterior no es óbice a la aplicación de las normas propias del estatuto jurídico del administrador cuando el socio acumule la doble condición, incluida la exclusión al amparo del artículo 350 LSC. Pero el centro directivo no comparte esta tesis y considera que, si el compromiso de los socios de no concurrir con la sociedad no respeta los presupuestos del artículo 86 LSC, queda relegado a la categoría de acuerdo convencional extraestatutario. Es cierto que la prohibición de competencia representa un típico ejemplo de pacto parasocial (35) y, como tal, ha sido incardinada en la categoría de

(34) Por ejemplo, en el caso de la RDGRN de 22 de octubre de 2013 [RJ 2013\7629]. Se excluyen del análisis los supuestos en que uno o varios socios se resistan a suprimir la prohibición, para evitar que el socio interesado en competir con la sociedad quede liberado de la obligación, supuesto que debe resolverse acudiendo a los instrumentos legalmente previstos: la abstención (ex art. 190.1.c) LSC) si se articula como una dispensa, o el abuso mayoritario si constituye una modificación estatutaria adoptada con los votos del socio interesado en concurrir con la sociedad (art. 204.1.II LSC).

(35) NOACK, U., *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, cit., p. 328. FELIÚ REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 237.

los de pactos de atribución, en la medida en que proporciona a la sociedad una ventaja (36). El problema reside en que la interpretación resulta excesivamente formal, máxime en una sociedad de dos socios, en la que ambos asumen recíprocamente abstenerse de actuar en competencia con la sociedad y, con independencia de su origen convencional, quieren convertir este deber en una cláusula estatutaria material. En la concepción registral española, ésta tendrá, en todo caso, eficacia normativa y no meramente obligacional como sugiere el notario recurrente.

5. Análisis de la cláusula controvertida. A favor de la inscripción estatutaria de obligaciones de los socios distintas de las prestaciones accesorias pivotan la práctica registral que se desprende de resoluciones anteriores y el propio texto de la Ley de Sociedades de Capital. En contra, se sitúa la tesis sentada por la DGRN, que parece restringir el contenido de los estatutos a las cláusulas necesariamente materiales, impidiendo que disposiciones potencialmente eficaces fuera de los estatutos adquieran carácter material o corporativo por voluntad de los socios. La cláusula cuya inscripción se deniega presenta un esquema muy similar al propio de las prestaciones accesorias, pues constituye una obligación de no hacer (la prohibición de concurrir con la sociedad) a cargo de todos los socios, encajando en las disposiciones de los artículos 87.1 y 3 LSC, a lo que se añade la indemnización de daños y perjuicios y una cláusula penal *inherente a su incumplimiento* (ex art. 86.1 *in fine* LSC). El primer elemento de contraste con el régimen jurídico-positivo de las prestaciones accesorias se observa en que la disposición analizada prevé la posibilidad de que la obligación sea *dispensada* siempre que medie el acuerdo *unánime de los concurrentes*. La cláusula no concreta si la dispensa de la prestación accesorias equivale a la extinción de la obligación (ex art. 89.1 LSC), lo que requiere mayoría reforzada para operar la correspondiente modificación estatutaria o nos hallamos frente a uno de los casos contemplados por el artículo 190.1.c) LSC. Parece que la justificación ha de buscarse en la eficacia convencional que el pacto tiene

(36) Por todos, MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, J. M.^a, “Los pactos parasociales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 37, 1998, pp. 187-224, en concreto, p. 214.

para los contratantes, lo que explica también el establecimiento de la regla de la unanimidad para la dispensa. A pesar de ello, una vez elevada a estatutos como obligación social, el término dispensa debería ser interpretado como coincidente con la noción de liberación del artículo 190.1.c) LSC.

Por lo que respecta a la unanimidad de los socios para acordar la dispensa, la primera reacción del intérprete es recelar por su contradicción con el artículo 200.1 LSC; los socios pueden incrementar la mayoría legalmente exigida para adoptar acuerdos, pero no exigir el voto unánime. Tanto si se acepta que la dispensa de la obligación se rija por el artículo 190.1.c) LSC, como si se reconduce la disposición a una prestación accesoria, el rechazo inicial a una cláusula que imponga la unanimidad puede revelarse como un mero formalismo en determinados modelos societarios y, particularmente, en la sociedad de dos socios. En efecto, en el caso que nos ocupa, la exigencia estatutaria de acuerdo unánime de dispensa equivale materialmente al voto favorable del único socio que puede ejercitar este derecho. Por su parte, la mayoría reforzada para la modificación estatutaria por la que se extinga la prestación requerirá, en un relevante número de casos, la unanimidad (por ejemplo, si uno de los socios ostenta el cuarenta por ciento del capital y el otro la proporción restante o si el capital está repartido a partes iguales). Cuestión distinta es que la inscripción de la cláusula deba rechazarse por contravenir la imperatividad del artículo 190.1.c) LSC (37), al establecer que el socio a quien se libera de la obligación puede (y debe) ejercitar su derecho de voto para alcanzar el acuerdo de dispensa.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la prohibición de competencia, la cláusula vuelve a aproximarse al esquema legal de la prestación accesoria al establecer, según se ha indicado, una pena convencional. Sin embargo, se desmarca de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 350 LSC, la posible exclusión del socio incumplidor de la prestación accesoria. El hecho de que la Ley de Sociedades de Capital se refiera expresamente a las cláusulas penales en sede de prestaciones accesorias no debe servir para

(37) Doctrinalmente no cuestionada; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Principio mayoritario y conflicto de intereses en la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada de 1995", cit., p. 263. ALCALÁ DÍAZ, M.^a Á., "El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital", cit., p. 102.

identificar cualquier disposición que incorpore una pena convencional con una prestación accesorio.

D) REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La resolución analizada mantiene la línea interpretativa del centro directivo y ahonda en la radical separación entre lo estatutario (corporativo y normativo) y lo convencional, que queda relegado al plano extraestatutario. El concreto pronunciamiento en el que impone a los constituyentes estructurar sus deberes como prestaciones accesorias sienta un criterio contrario a la incorporación de otras obligaciones estatutarias para los socios. Según se ha expuesto, esta interpretación no concuerda con la sistemática de la Ley de Sociedades de Capital y restringe de manera escasamente justificable la autonomía de la voluntad estatutaria. Desde la perspectiva del desarrollo de los deberes fiduciarios de los socios, en auge en nuestro ordenamiento, la DGRN pone coto a su articulación y va más allá de la *preferencia* doctrinal por las prestaciones accesorias como cauce adecuado, para configurarlas como única alternativa.

Salvo que la DGRN modificara su criterio, la pretensión de inscripción difícilmente podía prosperar si, como aducía el recurrente, la cláusula tenía mero carácter convencional. Sin embargo, al haber establecido el requisito de la unanimidad, la disposición tampoco habría superado el filtro del centro directivo, por lo que no resultaba aconsejable reivindicar la naturaleza corporativa del pacto. Al proponer como tercera vía la plasmación estatutaria de deberes de los socios diferentes a la prestación accesorio, nuestra argumentación se aleja de la interpretación de la DGRN, pero también de la estrategia del recurrente. En definitiva, el análisis pone de manifiesto la conveniencia de revisar la tesis sentada en la resolución, consistente en identificar toda obligación social añadida con una prestación accesorio. Además, revela la necesidad de desentrañar reglas generales aplicables al régimen jurídico de los deberes de los socios, desde su origen fiduciario a su traslación a los estatutos.