

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLVII ○ Julio-Agosto 1971 ○ Núm. 485

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchíz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968 - 1958

*Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

"Titularidades delimitadas. Delimitaciones en la propiedad urbana (acotaciones)", por JUAN F. BONILLA ENCINA	793
"La nueva regulación legislativa de la adopción", por FRANCISCO CASTRO LUCINI	829
"La responsabilidad Precontractual", por MARIANO ALONSO PÉREZ.	859
"El derecho de vuelo", por ANTONIO SOTO BISQUERT	923

JURISPRUDENCIA:

Resoluciones y Sentencias:

I.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRERERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO	959
II—Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	965
2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.	974
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	981
III.—Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	987

LIBROS:

"Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales". de TULLIO ASCARELLI, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	997
"Régimen fiscal de las cooperativas", de JOSÉ LUIS DEL ARCO ALVAREZ, por JOSÉ M. ^a CHICO ORTIZ	1002
"Il contratto preliminare", de GIOVANNI GABRIELLI, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1005
"La responsabilità del produttore di beni di consumo", de GUSTAVO GHIDINI, por VICENTE PONS MARTÍ	1012
"Derecho administrativo especial". de AURELIO GUAITA, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	1016
"Le fonti di integrazione del contratto", de STÉFANO RODOTÁ, por TERESA PUENTE MUÑOZ	1024
REVISTAS	1033

ESTUDIOS

Titularidades delimitadas. Delimitaciones en la propiedad urbana (acotaciones)^(*)

:

ASPECTOS GENERALES: LAS LIMITACIONES Y LAS DELIMITACIONES DEL DOMINIO

En un sistema puramente individualista, toda traba dominical surge como limitación anormal de un derecho normalmente ilimitado. Las limitaciones, las prohibiciones, suponen una excepción al amplio contenido de la propiedad. Sirve ésta al individuo, y el poder del propietario se extiende como regla general hasta el lugar o momento en que surge la excepción. No hay más delimitación que el contenido de otro dominio colindante. Las limitaciones no están en la esencia de la propiedad, sino que vienen impuestas desde fuera.

A la inversa, en un sistema de orientación socializadora, el dominio se proyecta hacia una doble vertiente: la individual y la social, siquiera ambas se ligan entre sí en indisoluble vínculo, pues al cumplir la propiedad una función social, el propietario lo es en cuanto forma parte de la comunidad. Así, y como consecuencia del respeto debido a la voluntad individual, el dominio puede ser limitado, ya por el mismo propietario, ya por otros que con él y su propiedad se relacionen, siempre que no se lesionen intereses superiores de la comunidad (surgen así las que podemos llamar *limitaciones* en sentido estricto); pero a la vez, y como consecuencia del aspecto comunitario, el dominio se delimita, según su especie, en función de los demás intereses integrados en la sociedad (resplandecen entonces las *delimitaciones*). Así, pues, en estos sistemas socializadores pueden existir *limitaciones* que, como excepciones, socavan el contenido normal de la propiedad; pero junto a ellas

(*) Conferencia pronunciada en la clausura de curso 1968-69 del Seminario de Derecho Hipotecario de Valladolid-Salamanca.

existen —deben existir— otras restricciones que aparecen como esencia delimitadora del contenido propio del dominio.

Puntualicemos algo más:

- 1.º) Las *limitaciones*, al no representar otra cosa que una anomalía en el estatuto normal de la propiedad, afectan exclusivamente al dominio que restringen y no a otro. Aunque establecidas desde fuera y ajenas, en principio, a la esencia de la propiedad que limitan, desde el momento de su creación se integran en el contenido de tal propiedad, y a partir de entonces lo delimitan en el tiempo y en la forma que fueron queridos por la voluntad creadora. Al constreñir a un dominio determinado, delimitan las facultades de su titular, aun cuando cambiare después.
- 2.º) En cuanto a las delimitaciones, al integrarse en el contenido del dominio, afectan a toda propiedad, siquiera con diferente signo según su especial destino. Por ello, puede hablarse de:
 - Delimitaciones de la propiedad urbana (sirva de ejemplo la legislación del Suelo y la de Viviendas de Protección Oficial).
 - Delimitaciones de la propiedad rústica (como los patrimonios familiares, Unidades mínimas de cultivo, Explotaciones familiares, Concentración Parcelaria, Ordenación Rural); y
 - Delimitaciones de la propiedad tanto rústica como urbana (como los tanteos y retractos legales).

Expuesto así el contenido de ambas clases de restricciones, cabe hablar de su publicidad.

Por lo que se refiere a las limitaciones, al ser —repetimos— una mera anomalía de un derecho normalmente ilimitado, requieren una publicidad que, al exteriorizarlas, revelen *erga omnes* su existencia y su extensión. Por eso, tales limitaciones deben acceder al Registro de la Propiedad para publicar frente a tercero la restricción de poderes y de contenido que de otro modo no sería conocida. La constancia registral del acto limitativo es inmediata, no derivada ni presumida, sino especial y concreta (recuérdense las titularidades condicionadas, las aplazadas, las revocables, las reversibles...).

Exceptúanse, no obstante, aquellas prohibiciones que, impuestas por la Ley, surgen, por ejemplo, como limitaciones anormales ocasionadas por una circunstancia especial del individuo que requiere —como dice DE CASTRO— una capacidad concreta para la realización de un acto (cónyuge respecto al otro cónyuge) o por un destino especial de los bienes (herencia de persona declarada fallecida judicialmente). La publicidad de estas prohibiciones puramente subjetivas no es directa ni especial, sino derivada y presumida.

Si se inscribe la adjudicación a favor del heredero del declarado fallecido, en el acta de inscripción constarán los datos de su adquisición, y de aquí se puede entresacar que para ese heredero rige la prohibición del artículo 196 del Código civil, no porque lo diga el Registro—que no lo dice—, sino porque lo establece el Código. De igual modo, si la adquisición la realiza el cónyuge, en la inscripción constará su estado civil y, por ende, la imposibilidad de transmitir al otro cónyuge, ya que así lo dispone el Código civil, no el Registro.

Pero en lo que respecta a las delimitaciones, la cosa se complica, pues

- Si, por un lado, se configuran como contenido normal del dominio, no necesitarán de una publicidad especial; basta con que se publique el dominio para que todos los terceros tengan conocimiento de cuáles son las facultades delimitadas del propietario; pero
- Por otro, si las delimitaciones se imponen en función de un interés general, y habida cuenta de que ese interés, a fuerza de ser abstracto, no resulta específico ni en su contenido ni en su titular, necesitarán de una publicidad, ya directa (exteriorizando cada finca su propia delimitación), ya indirecta (concretando suficientemente el interés general que, para cada tipo de propiedad y para cada municipio, zona o región, será diferente).

Para nosotros, la publicidad de las delimitaciones es incontrovertible, igual que lo es la de las limitaciones; y es que, a nuestro entender, las primeras sufren estos dos condicionamientos:

- 1.º) Aun cuando en el artículo 348 del Código civil el legislador se reservó un amplio crédito al establecer que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa *sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*», lo cierto es que el dominio en nuestro Derecho sigue, en principio, apegado al individualismo decimonónico. La propiedad, ciertamente, ha ido evolucionando en su significado y en su función; pero el artículo 348 continúa con su misma redacción y sienta un principio general (goce y disposición sin límites), sólo condicionado por una excepción (delimitaciones establecidas por otra Ley). Es decir, mientras no surja una Ley que delimite el contenido dominical bajo molde societarios, regulando un nuevo estatuto para la propiedad total, ésta deberá presumirse como sometida al viejo principio individualista.
- 2.º) A pesar de que, publicado el Código civil, el legislador utilizó cumplidamente ese crédito que se había reservado en el artículo 348, elaborando leyes con matices socializadores, es de notar cómo las delimitaciones por ellas establecidas no tienen el mismo significado ni son las mismas para cada amplio grupo de

propiedad. Así, las unidades mínimas de cultivo no son idénticas para todas las regiones o zonas de la nación; las delimitaciones urbanísticas no recaen indiscriminadamente sobre todos los núcleos urbanos ni, dentro de cada uno de ellos, afectan a toda su extensión superficial en la misma medida; los retractos arrendaticios, por ejemplo, tienen amplitud diferente según recaigan sobre la propiedad rústica o la urbana, y el estatuto de la propiedad concentrada resulta sensiblemente distinto de la no concentrada.

De cuanto acabamos de exponer resalta, a nuestro juicio, la necesidad de una publicidad específica de las delimitaciones. No basta —creemos— con una norma general creadora de la delimitación si esa norma no clarifica la limitación que afecta a una finca en concreto como inmersa en un determinado grupo dominical y afectada por el estatuto propio del mismo. Y si la publicidad es necesaria para las delimitaciones del dominio, podemos preguntar: ¿qué medio será el utilizable?

Para PUGLIATTI (1), el fenómeno de la publicidad está constituido por aquel complejo de mecanismos dispuestos por el ordenamiento jurídico a fin de hacer posible el público conocimiento de determinados actos, hechos o eventos, consiguiéndose una «cognoscibilidad legal» equivalente a un conocimiento efectivo.

Trasplantada esta concepción a nuestro Derecho, cabe distinguir, por un lado, el fin perseguido, y, por otro, el medio utilizable.

a) *Fin perseguido.*

Se trata de una serie de mecanismos de la más diversa especie que deben llevar consigo todo lo necesario para conseguir esa cognoscibilidad legal, es decir, para dar posibilidad a que sea conocido públicamente un determinado acto, hecho o evento.

El mecanismo puede haber sido creado:

- Con fines diferentes de la publicidad aunque produzca consecuencias publicitarias. En tal sentido la posesión, con el contacto material que supone sobre la cosa poseída, es creada de modo inmediato para dar seguridad al poseedor (seguridad estática); pero ese mismo contacto material excluye la actuación de otras personas provocando una publicidad frente a terceros de que la posesión existe en favor de una persona aunque, desde luego, sin determinación del título en que es poseída.
- Con exclusiva finalidad publicitaria, como ocurre con el Registro de la Propiedad. La registración, concebida en sí misma

(1) PUGLIATTI, *La Publicita in generale*, Milán. 1957.

como una formalidad añadida al acto constitutivo —salvo cuando fuere constitutiva de tal acto—, produce la consecuencia de dar publicidad *erga omnes* a una determinada titularidad con su extensión concreta, sus cargas, sus limitaciones, poniendo al público en situación de conocerla. Si la registración, como asiento practicable, culminación del procedimiento registral, es, en términos generales, una formalidad, la publicidad que ocasiona es puro derecho sustantivo que desemboca en un par de presunciones:

- Una presunción *iuris tantum* de que el derecho existe y pertenece a su titular en propiedad y posesión, en la forma determinada por el asiento respectivo, con toda la secuela de acciones instauradas para la defensa del derecho (artículos 32, 38, 40, 41 de la L. H.); y
- Una presunción *iuris et de iure* de que el tercero adquirente que reúna los requisitos marcados por la Ley será protegido en su adquisición aunque se anule o resuelva el derecho de su transmitente por causas que no consten en el Registro (art. 34 de la L. H.).

b) *Medio utilizable.*

Con la publicidad se intenta llegar a una «cognoscibilidad legal», es decir, a una posibilidad de conocimiento; pero tal posibilidad se trueca en conocimiento efectivo por cuanto la publicidad actúa independientemente de que el medio publicitario haya sido consultado o no. Por ejemplo, el que vaya a contratar con un titular registral, ya como adquirente, ya como acreedor, ha de saber que *puede* conocer esa titularidad y tal posibilidad le priva de aducir ignorancia aunque, de hecho, sea ignorante por no haberse ocupado de lograr el conocimiento. Cognoscibilidad legal es, pues, sinónimo de conocimiento efectivo. Pero distingamos:

- Si se trata de la posesión o mero hecho posesorio que una persona ostenta sobre una cosa, la cognoscibilidad o posibilidad de conocer deberá recaer tan sólo sobre el hecho de la posesión, y es que el contacto material que el poseedor detenta servirá de medio publicitario revelador frente a todos de que la posesión existe y de que existe un poseedor: pero ese solo contacto no podrá servir de mecanismo para publicar *erga omnes* el concepto en que se detenta la posesión. La seguridad estática de la posesión se impone sobre la seguridad dinámica del Registro, ya que la publicidad de éste queda excluida en Derecho vigente cuando se trata de dar a conocer meros contactos posesorios (art. 5.º de la L. H.).

- Si se trata de derechos que llevan aparejada una posesión, es decir, un inmediato goce o disfrute de la cosa, la cognoscibilidad legal o posibilidad de conocimiento deberá recaer sobre la titularidad que el poseedor ostente como usuario, usufructuario, habitacionista, acreedor anticrético con posesión recibida, dueño. En este caso, la publicidad posesoria derivada del contacto material con la cosa servirá solamente para dar publicidad de que el poseedor, efectivamente, posee, pero necesitará de la publicidad del Registro para asegurar dinámicamente que el poseedor lo es a título de dueño, de usufructuario, etc. Por ende, la seguridad estática de la posesión deberá ser superada por la dinámica del Registro de la Propiedad con la más completa publicidad que se desprende de los libros de éste. Pero:
- Si se trata de derechos sin contacto material con la cosa —hipoteca, por ejemplo—, al no existir publicidad posesoria, la única cognoscibilidad legal posible será la que emane de los libros del Registro. La seguridad dinámica registral excluye —por ser la única— a la seguridad estática de la posesión.

Pero la publicidad de que estamos hablando es una publicidad de tipo concreto que sirve para proclamar la situación de fincas determinadas, una a una, no de grupos más o menos extensos de propiedad que pueden englobar muchas fincas. Así, pues, el problema se plantea cuando, refiriéndonos a las delimitaciones, concebimos éstas como impuestas sobre grupos de propiedad independientemente de las fincas que se hallen dentro de los mismos. Aunque la delimitación genérica no lo detalle, puede decirse que, por derivación, cada finca encuadrada en el grupo delimitado se verá afectada por la delimitación; pero ¿cómo conocerá el tercero la existencia de tal afección? ¿Bastará con el conocimiento de la norma que delimita *in genere*, o será preciso, además, otra publicidad que, descendiendo a los últimos detalles, enumere y concrete las fincas delimitadas, una a una? En otras palabras: ¿podrá prescindirse de la publicidad registral, o deberá acudir a ella? A nuestro juicio, la publicidad del Registro no sólo ha de servir para proclamar las delimitaciones de cada finca, sino que en muchas ocasiones es necesaria.

El legislador, consecuente con los dictados del artículo 348 del Código civil, hizo uso del crédito que en dicho artículo se reservó y estableció las delimitaciones a través de normas con igual rango que las del Código; pero convencido de que no basta con la «cognoscibilidad legal» impuesta por el artículo 2.º del Código, según el cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, arbitró otros medios facilitadores del conocimiento efectivo de la delimitación; unos son, a nuestro entender, irreprochables; otros, no tanto. En efecto:

- 1.º) A veces el legislador, junto a la norma que delimita *in genere*, prevé en concreto para cada finca una situación especial y aparente que, si concurre sobre la misma, surgirá para ella la delimitación. Así, por ejemplo, si se trata de una finca rústica de extensión inferior a una hectárea, su transmisión acarreará un retracto, siempre que se cumplan los demás requisitos que el Código determina. Todo el que la compre sabe que compra una finca menor de una hectárea y con una serie de circunstancias en relación con las que la rodean (este es su conocimiento efectivo basado en una especial apariencia que se concreta sobre un inmueble), y, en consecuencia, debe saber la delimitación que puede afectarle (esta es la cognoscibilidad legal derivada de la Ley). Como la delimitación genérica establecida por la Ley (preceptos reguladores del retracto), desciende después a detalles concretos (especial apariencia de cada finca cognoscible a todas luces), se nos ocurre pensar que la publicidad del Registro no será necesaria, pues supondría una superposición de publicidades que no refuerzan el conocimiento de la situación.
- 2.º) En otras ocasiones, la naturaleza especial de la delimitación, configurada como consecuencia de un beneficio obtenido del Estado (siquiera el beneficio suponga un estímulo para la consecución de un interés social), actúa como una opción para cada propietario (es el caso de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial, o de la de Concentración Parcelaria). No se trata aquí de grupos de propiedad, sino de fincas concretas que los propietarios someten a un régimen subordinándose a un expediente administrativo previo y acatando una especial publicidad, que habrá de ser la emanada de los libros registrales. Pero,
- 3.º) Por fin, en otras el legislador se desfasa: establece la norma que genéricamente delimita a un grupo de propiedad más o menos amplio, y al intentar concretar el interés general sobre cada finca, se saca de la manga un nuevo aspecto de cognoscibilidad imponiendo al interesado la doble diligencia de acudir al Registro para obtener conciencia exacta de la titularidad y carga de la finca en cuestión y de acudir después al Ayuntamiento respectivo para conseguir el conocimiento efectivo de las delimitaciones. Esto es precisamente lo que establece el artículo 43 de la Ley del Suelo.

II

DELIMITACIONES EN LA PROPIEDAD URBANA

DELIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY DEL SUELO

A) Aspectos generales.

Aun reconociendo que los preceptos de la Ley no sólo se refieren al régimen del suelo urbano, sino también —aunque en menor medida— al rústico, concretaremos aquí nuestro estudio sobre las delimitaciones que se ciernen en torno a la propiedad urbana.

«Art. 61.—Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación con arreglo a la calificación urbanística de los predios.»

Si comparamos el precepto transcrito con las normas que emanan de los artículos 45 y 70 de la misma Ley, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1.^a) Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos por la Ley del Suelo, y serán obligatorios tanto para los particulares como para la Administración (arts. 61 y 45).
- 2.^a) Esto es así porque las limitaciones y deberes definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística (artículo 70, párr. 1.º).

Claramente puede desprenderse de tales normas —al menos en una hipótesis inicial— que los límites de que hablan no responden al concepto clásico de limitación —derogación del contenido normal de un derecho—, sino al moderno concepto de delimitación de su normal contenido. Pero esto que es cierto como deseo del legislador y en el plano teórico, no creemos sea tanto en el campo de las realidades, pues todavía existen muchas poblaciones sin plan de ordenación sobre las cuales no pueden ser aplicados la inmensa mayoría de los preceptos de la Ley del Suelo. Conviene, pues, distinguir entre poblaciones con plan y poblaciones sin plan de ordenación.

- a) *Poblaciones sin plan de ordenación. Algo sobre las delimitaciones de la Ley del Suelo y el estatuto proclamado por el Código civil para la propiedad en general.*

El planeamiento es base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana. GONZÁLEZ PÉREZ (2) estima que la falta de planes constituirá un obstáculo insalvable para llevar a cabo la acción urbanizadora, respecto de la cual desempeña aquél un papel legitimador. Corrobora BALLBÉ (3) esta misma opinión al decir que «no hay posibilidad de admitir que una ciudad pueda formarse ordenadamente, sin planificación adecuada».

Sabedor de esto, el legislador trazó la idea: elaboración de un plan nacional que iría descendiendo por los escalones intermedios de los planes regionales hasta llegar al último eslabón del plan municipal. Pero el legislador previó el fallo de su idea primaria, y ante tal eventualidad prometió la elaboración de normas complementarias y subsidiarias del planeamiento, promesa que dejó constante en los artículos 57 y 58 de la Ley. Efectivamente, la planificación falló. Por supuesto, el plan nacional no ha sido elaborado; los regionales son insólitos y los municipales no tan numerosos como sería de desear.

Faltando los planes quedaban aún esas normas subsidiarias prometidas por el artículo 57, y que —según el art. 58— serían aplicables a las poblaciones sin planificación; pero coincide que tales normas no han sido aún elaboradas sino esporádicamente. Así, pues, ¿qué aplicación tiene la Ley del Suelo para esas poblaciones? ¿Qué se hace con el tan cacareado nuevo estatuto que la Ley pretende traer para toda la propiedad inmueble? (4).

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968.

(3) BALLBÉ, *Comentarios sobre la Ley del Suelo*.

(4) A la hora de revisar lo anteriormente escrito hemos tenido ocasión de consultar el interesante trabajo publicado en la "Revista de Derecho Urbanístico" (núm. 15, 1969) sobre *Las normas de ordenación complementarias y subsidiarias del planeamiento*, cuyo autor (PABLO ARRIBAS BRIONES) aclara los siguientes extremos:

1.º Son caracteres de tales normas:

- a) Ser auténticas disposiciones de carácter general con obligatoriedad similar a la de los planes de urbanismo.
- b) Habrán de ser de duración indefinida, pero provisionales, en tanto se redacten los correspondientes planes generales de ordenación urbana y hasta que se aprueben definitivamente.
- c) Serán complementarias o subsidiarias del planeamiento.
- d) Ser normas eminentemente realistas, adecuadas a las necesidades de los pequeños núcleos de población.

2.º Entre las conclusiones que de tales caracteres deduce se destaca la de que este tipo de normas se nos ha de mostrar como instrumento sumamente útil para facilitar la posterior recacción de los Planes generales, evitando se produzcan situaciones de hecho que dificulten o impidan, en su día, la aplicación de dichos planes.

Las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento por su carácter ministerial, no habrían de pasar, en su jerarquización, de simples Ordenes; y por su propia naturaleza, tendrían un significado provisional. Sin embargo, servirían para facilitar la posterior redacción de los Planes generales. A pesar de la promesa del legislador y de la evidente utilidad de las normas de referencia, sólo en muy limitada medida han sido elaboradas.

A nuestro juicio, la aplicabilidad de la Ley del Suelo para el supuesto que nos ocupa (poblaciones sin plan de ordenación) ha de plantearse desde dos ángulos diferentes.

1.º) *Poblaciones sin Plan de Ordenación que, sin embargo, quedan afectadas por sendas Ordenes ministeriales elaboradas de normas subsidiarias* (5).

Para ellas regirán las disposiciones subsidiarias del Planeamiento y, por ende, la Ley del Suelo, ya que, según el párrafo final del artículo 57 de la expresada Ley, «dichas normas se desarrollarán, en todo caso, dentro de los límites que señala esta Ley para los planes de urbanismo».

3.º A pesar de lo dispuesto en el número 1 del artículo 57 de la Ley del Suelo, a cuyo tenor "el Ministerio de Gobernación podrá dictar, a propuesta del Consejo Nacional de Urbanismo, normas complementarias y subsidiarias del planeamiento", es lo cierto que, en la actualidad, el precepto debe entenderse redactado así: "El Ministro de la Vivienda podrá dictar normas complementarias y subsidiarias del planeamiento" Y ello por las siguientes razones:

- Las facultades y cuestiones relacionadas con el Urbanismo han pasado a depender del Ministerio de la Vivienda.
- El Consejo Nacional de Urbanismo ha sido suprimido por Decreto de 25 de noviembre de 1968; y
- Al Ministerio de la Vivienda corresponde el ejercicio de las facultades que al expresado Consejo le estaban reconocidas, según Decreto de 18 de enero de 1968 de reorganización del Ministerio de la Vivienda.

4.º Ha de reconocer, sin embargo, que no han surgido, ni mucho menos, para todo el territorio nacional sin planificar las apetecidas normas subsidiarias o complementarias del planeamiento.

(5) ARRIBAS BRIONES, *loc. cit.*, enumera las siguientes normas complementarias o subsidiarias del planeamiento:

O. M. de la Vivienda de 22 de noviembre de 1964 para los Polos de promoción de Huelva y Burgos, y de desarrollo industrial en Valladolid, La Coruña, Vigo, Zaragoza y Sevilla.

O. M. de 25 de enero de 1969 para la provincia de Alava.

O. M. de 3 de mayo de 1967 para las localidades situadas en la Costa Blanca y su zona de influencia dentro de la provincia de Alicante.

Normas en tramitación para las poblaciones sin plan de ordenación en la provincia de Badajoz.

O. M. de 24 de junio de 1967 para la provincia de La Coruña.

O. M. de 25 de enero de 1969 para los Municipios de la Costa Brava en Gerona.

2.º) *Poblaciones sin Plan de Ordenación no afectadas por disposiciones subsidiarias y complementarias del planeamiento.*

A tenor de lo dispuesto en los artículos 45, 61 y 70 de la Ley del Suelo, los preceptos de ésta rigen también para poblaciones que no tengan plan de ordenación; claro está que sólo en aquello no previsto especialmente para las que lo tengan. Así, para un sector de la doctrina (6), son aplicables las delimitaciones siguientes:

- La del artículo 59 respecto a construcciones que intentasen elevarse en lugares próximos a carreteras de nuevo trazado o ya existentes.
- Las del artículo 60, imponiendo la adaptación de las construcciones al ambiente estético de la localidad o sector.
- La del artículo 66, en cuanto a los conceptos de suelo urbano y suelo rústico.
- La del artículo 67, párrafo segundo, para las construcciones con fines industriales cuando la seguridad y salubridad quedaren suficientemente atendidas.
- La del artículo 168, proclamando la obligación que tienen los propietarios de mantener en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos los terrenos y edificaciones, y la posibilidad de los

O. M. de 17 de enero de 1967 para pueblos del interior de la provincia de Granada, y O. M. de 22 de junio de 1965 para los pueblos afectados de la Costa del Sol en la misma provincia.

Instrucción aprobada por la Dirección General de Arquitectura el 1 de noviembre de 1955 para los pueblos de Huelva.

Normas subsidiarias en tramitación para poblaciones de la provincia de Lérida que no tuvieran Plan de Ordenación.

O. M. de 15 de julio de 1966 para regular la edificación en la zona de aplicación del Plan General al este del río Guadalhorce, en Málaga, y O. M. de 15 de junio de 1964 elaborando normas complementarias de aplicación en el vigente Plan de Ordenación de la Costa del Sol hasta la promulgación de los nuevos Planes Municipales en la misma provincia.

Normas en tramitación para los Ayuntamientos de la costa de la provincia de Murcia.

Normas en tramitación para la provincia de Navarra.

O. M. de Gobernación de 10 de marzo de 1949 sobre urbanismo en general y protección del paisaje en la provincia de Santander, y O. M. de 29 de noviembre de 1966 aplicable a los términos municipales de esa provincia que no tuvieran Plan de Ordenación. Asimismo, otra de 25 de enero de 1969 sobre edificación para la zona de Bloques Aislados del Plan Comarcal de Santander.

O. M. de 15 de marzo de 1968 para pueblos que carecen de Plan de Ordenación en la provincia de Sevilla.

O. M. de 25 de enero de 1969 para poblaciones de la provincia de Tarragona: y

O. M. de 21 de junio de 1966 para pueblos de la provincia de Vizcaya.

(6) Así lo entienden GONZÁLEZ BERENGUER, *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*; PERÁ VERDAGUER, *Expropiaciones en la Ley del Suelo*, y MARTÍNEZ BLANCO, *Las parcelaciones sin plan de ordenación urbana*.

- Ayuntamientos y demás organismos competentes de ordenar la ejecución de las obras necesarias para conservar aquellas condiciones.
- La del artículo 170, previendo el supuesto de que alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso.

Ahora bien: aun cuando tales disposiciones fueren aplicables, ¿significan, por sí solas, un nuevo estatuto para la propiedad en poblaciones donde faltare el plan de ordenación? Creemos que no:

- 1.º) Porque las delimitaciones enunciadas no son otra cosa que meras concreciones y desarrollo de aquellas otras ya reguladas por el Código civil.

¿Acaso no existen en los artículos 589, 590 y 591 del Código disposiciones relativas a distancias y obras intermedias, si bien no tan concretas como las de los artículos 59 y 60?

¿Acaso los artículos 1.908 y 1.909 del Código no son más explícitos que los preceptos de los artículos 67 y 168 de la Ley en cuanto a seguridad y salubridad de máquinas, construcciones, etc.?

¿Es que los artículos 389, 390 y 391 del Código, encargados de resolver los supuestos de edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse, no recogen de antemano la norma del artículo 170?

- 2.º) Porque fuera de tales delimitaciones, ya recogidas por el Código, el concepto de propiedad que de este último texto se desprende sigue siendo sagrado mientras no se modifique expresamente por otra Ley.

No se piense que al defender al Código civil defendemos a ultranza un criterio netamente individualista del dominio (cosa que, por otro lado, tampoco resulta tan claro del Código como se viene diciendo con reiteración), pero sí insistimos en que si, efectivamente, la persona debe integrarse en la comunidad y los intereses de aquélla han de ser armonizados con los generales de ésta, ese interés general deberá estar lo suficientemente especializado para que la libertad individual se desenvuelva dentro de la comunidad. Pero una cosa es que la libertad del individuo se encauce por caminos societarios, y otra suprimir esa libertad sin un fin superior al que atender o, al menos, no suficientemente conocido por la persona. Las disposiciones del Código son un canto a la libertad de la persona integrada en la comunidad, no un himno de anarquía individualista. Tenemos la prueba en esa serie de delimitaciones que con el impropio nombre de servidumbres legales (impropiedad que no afecta al contenido) recogen y regulan aspectos muy interesantes de relaciones de vecindad o verdaderas delimitaciones por la Ley establecidas en pro de la comunidad; recuérdense también esas otras disposiciones sobre deslinde de propiedades de los artículos 384 y siguientes; sobre propiedad de aguas (sobre todo arts. 520 y siguientes); sobre indivisibilidad dañosa de las cosas, sobre retractos legales. Los preceptos del Código suelen ser justos y la justicia no es exclusivamente individual, pues de serlo dejaría de ser justa.

En lo que se refiere a tierras castellanas por las que hasta ahora

hemos caminado registralmente, si se exceptúan los grandes núcleos urbanos, las delimitaciones establecidas por la Ley son desconocidas. Gran parte de los Registradores castellanos no han tenido ocasión de enfrentarse con restricciones a la *facultas aedificandi*, ni con delimitaciones para la división que proclama el artículo 70, o de esa cédula urbanística a que se refiere el artículo 51 o de las licencias prescritas por el artículo 165.

b) *Poblaciones que tienen elaborado Plan de Ordenación.*

Para éstas sí puede hablarse de un nuevo estatuto de la propiedad que trae consigo nuevas delimitaciones; pero hasta llegar a tal configuración, el legislador, sin prescindir del interés particular, salvaguarda el bien común armonizando aquél con éste. Y es que, como dice NÚÑEZ RUIZ (7), el bien común es el negocio de todos, no pudiendo haber contraposición o conflicto entre el interés particular y el general, sino armonía de intereses; y sólo puede haber armonía porque en el centro de todo ordenamiento jurídico —legitimado por intentar el bien común— está la persona humana como parte, como miembro de ese bien de la comunidad.

Esa mutación del estatuto tradicional de la propiedad ha impuesto al legislador el acatamiento de una serie de principios rectores:

Uno de ellos es el principio de legalidad. La Ley del Suelo, rindiendo pleitesía a la normativa constituida (léase art. 348 del Código civil), habla por boca de su artículo 61 de límites y deberes establecidos por ella (no por otra norma de inferior grado) o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, que es tanto como decir la Ley. Empero, este principio sufre una desviación en el artículo 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales al disponer que «las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia en los casos previstos por la Ley». Inicialmente, el párrafo transcrito sigue la trayectoria ortodoxa de respeto al principio, pero más adelante añade que se puede sujetar a licencia la actividad de los administrados, no sólo en los casos previstos por la Ley, sino también en aquellos otros que previniere «el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general» (8).

Otro principio es el de igualdad que impone la obligatoriedad general de las disposiciones. Si la Ley intenta armonizar los intereses de los propietarios, los generales y los de los terceros que pudieran relacionarse con un determinado dominio, no puede haber distingos ni privilegios.

El tercero es el principio de subsidiariedad. La intervención administrativa surgirá en sustitución de la iniciativa privada, cuando ésta no alcance a cubrir los objetivos previstos (art. 4.º de la Ley del Suelo).

(7) MIGUEL ANGEL NÚÑEZ RUIZ, *Derecho Urbanístico*.

(8) Con razón critica GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley del Suelo*) esa disposición, pues por "muy autónomo o autárquico que sea el Municipio, por muy entidad natural que sea, sus órganos rectores no pueden invadir la esfera de la libertad individual sin autorización legal expresa".

Para las poblaciones con Plan de Ordenación la Ley trae un nuevo concepto de dominio que varía el anteriormente establecido, en aras de una función superior, con una intervención de la Administración más o menos acusada, en un derecho libre.

De cuanto acaba de ser expuesto extraemos estas primeras conclusiones:

Primera.—La Ley del Suelo, efectivamente, trae consigo un nuevo concepto para el dominio con modernas delimitaciones que deben integrarse en su normal contenido.

Segunda.—La realización del concepto es lo que ha fallado al fallar la ordenación de todo el suelo nacional mediante un Plan general y depender la aplicación de gran parte de la normativa moderna de la existencia previa de Planes de ordenación o de normas subsidiarias o complementarias que en muy escasa medida han sido elaboradas.

Tercera.—La realidad nos presenta un sector de propiedad (poblaciones sin Plan de Ordenación no afectadas por normas subsidiarias) que muy limitadamente es afectado por la Ley del Suelo; y otro sector (poblaciones con Plan de Ordenación o afectadas por normas subsidiarias) inmerso de lleno en las nuevas concepciones. Para el primer tipo de dominio, la moderna concepción está por venir, por realizar; para el segundo, ya llegó, ya se realizó.

Con la Ley del Suelo ha ocurrido lo que tantas veces ocurre en nuestra Patria. La idea del legislador suele ser brillante, pero su realización tropieza siempre con un obstáculo casi insuperable: el español para quien legisla. Y es que en España la aplicación de las leyes resultará en extremo difícil mientras la mentalidad de los españoles siga estancada en el Siglo de Oro. (Nos referimos, claro está, a las capas más altas de la sociedad hispana, pues la mente de las intelectualmente más bajas todavía se halla en tiempos de los turdetanos, para quienes las leyes no fueron más que una sarta de versos.)

B) EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DE LAS DELIMITACIONES

Venimos distinguiendo dos tipos de delimitaciones: unas, que afectan a poblaciones sin Plan de Ordenación, para las cuales la Ley del Suelo nada innova aunque concrete y desarrolle en ciertos puntos las concepciones del Código; y otras, que afectan a poblaciones con planes de ordenación o afectadas por normas subsidiarias o complementarias. Para éstas rigen con toda su pujanza las normas de la Ley del Suelo, ya directamente, ya a través de esa normativa subsidiaria (que nunca podrá estar en desacuerdo con la Ley).

Las primeras, al seguir apegadas a la tradicional concepción del dominio, no precisan de mayor publicidad de la que ahora gozan.

Las segundas necesitan:

- 1.º) Una norma con rango de ley que las ponga en vigor, ya que, al traer nuevas concepciones que chocan contra el sentido tradicional del dominio, precisan de una normativa de igual jerarquía que la del Código que imponga el cambio de orientación.

Plantéase el problema de si las normas subsidiarias invocadas por el artículo 57 de la Ley—por cuanto sólo alcanzan el grado de Orden Ministerial—habrán de servir por sí solas para alterar el concepto tradicional del dominio o si, por el contrario, necesitarán de una Ley que las reafirme en su contenido y aplicación.

A nuestro juicio, dichas normas, aun cuando de carácter provisional, sirven de antecedente a los planes de ordenación y se desarrollarán, en todo caso—dice el art. 57—, dentro de los límites que señala esta Ley para los planes de urbanismo. Son, por tanto, planes de ordenación anticipados. Sucede, entonces, que según el artículo 61 «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación». Por el juego conjunto de los artículos 61 y 57, concluiremos admitiendo que si surgen tales normas es porque la Ley lo ha querido así y así lo ha establecido, y si no adquieren mayor rango que el de una Orden Ministerial es porque la misma Ley ha determinado que sea un Ministerio quien las promulgue. Se trata, pues, de normas que desarrollan una Ley y debe dárseles el mismo tratamiento de aplicabilidad que a la Ley que desarrollan.

- 2.º) Una «cognoscibilidad legal» especializada sobre cada finca por cuanto las nuevas delimitaciones no afectan por igual a todo el territorio nacional. Al estar representadas por los respectivos planes de ordenación —que son diferentes para cada lugar—, precisan de una concreción y de una publicidad que ponga en conocimiento de todos las limitaciones de cada propiedad en cada sitio.

Es decir: necesitan de una norma que establezca *in genere* la nueva concepción y de una publicidad que, especificando el interés general, concrete la delimitación sobre fincas determinadas. Ahora bien: ¿cómo ha solucionado esto el legislador? A nuestro modo de ver, ortodoxamente al principio y heterodoxamente al final.

- a) Por un lado, la mutación de las normas tradicionales se realiza adecuadamente a través de otra norma de igual rango que las anteriores o de disposiciones que desarrollan a la Ley (tal el caso de las normas subsidiarias o complementarias en sus escasas manifestaciones). La norma genérica que compendia la delimitación está contenida en el artículo 45 de la Ley del Suelo:

Art. 45.—«Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma.»

Tiene el precepto un significado análogo al del artículo 2.º del Código civil (la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento), y aunque, como él, suponga un concimiento efectivo de la norma y, por ende, de las nuevas concepciones que *in genere* se establecen, nunca podrá servir de publicidad para cada finca o, incluso, para cada sector de propiedad ajustado a planeamiento diferente.

- b) De otro, la concreción del interés general y de las delimitaciones afectantes a cada finca, se hacen a través del Plan de Ordenación. Pero la verdad es que de poco serviría esa concreción si el Plan de Ordenación no siguiese los cauces de una publicidad efectiva. Y aquí, en esta publicidad, es donde comienza, a nuestro entender, la heterodoxia del legislador, al olvidar —arts. 35 y 43— la necesaria coordinación con las instituciones de publicidad.

Pudo la Ley haber utilizado el medio publicitario del Registro de la Propiedad ante la imposibilidad de otra forma de publicidad, o, con valentía, haber destrozado al Registro creando un sistema publicitario nuevo. Pero no, no hizo nada de eso; sus medias tintas quedaron en la implantación de una nueva forma de publicidad y en un desoír las voces publicitarias del Registro de la Propiedad.

Para NARCISO DE FUENTES SANCHIZ (9) la Ley del Suelo y Ordenación Urbana es larga, tal vez necesariamente prolija, con ribetes reglamentarios y ambición sustantiva; pero, además, es una Ley «difícil», carente de armonía en algunos aspectos, posiblemente por haberse preocupado más de sentar principios que de hacerlos viables. No nos extraña, pues—sigue diciendo—, que la Ley, en su afán de instaurar principios socializadores de la propiedad inmobiliaria e inclinándose más al campo público que al del Derecho privado, haya incurrido en el pecado de no intentar la coordinación con leyes que regulan sustantivamente el dominio o que protegen su tráfico.

En torno a esa publicidad, dice así la Ley:

- 1) *Publicación de los acuerdos aprobatorios de Planes, proyectos, etc.*

Art. 35.—«Los acuerdos del Consejo o Comisión nacional o provincial de Urbanismo, aprobatorios de Planes, proyectos o normas, Ordenanzas o catálogos, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado o en el de la respectiva provincia.»

(9) NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, *En torno al Urbanismo*, separata "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1963.

Para GONZÁLEZ PÉREZ (10), el fundamento de esta exigencia es obvio: es el mismo que se viene aduciendo respecto a la publicación de las disposiciones y la notificación de los actos administrativos a sus destinatarios; esto es, el conocimiento de las personas afectadas, a fin de su exacto cumplimiento. La idea sería exacta si el artículo 35 impusiese la publicación *íntegra* del Plan, proyecto, norma, ordenanza o catálogo, pero no si se tiene en cuenta que el precepto se cumple mediante la publicación de los *acuerdos aprobatorios* que no detallan la serie de delimitaciones que se establecen respecto a propiedades concretas. Por otro lado, el acuerdo aprobatorio deberá publicarse completo, pero ello no significa conocimiento para el interesado de las delimitaciones que se le impone, sino simple facultad para ejercitar el derecho de información que señala el artículo 43, información que, como veremos a continuación, no va dirigida al Registro de la Propiedad, sino al respectivo Ayuntamiento.

2) *El derecho de información del artículo 43 de la Ley del Suelo.*

Art. 43.—«1) Los Planes y proyectos, con sus normas, ordenanzas y catálogos, serán públicos y cualquier persona podrá en todo momento consultarlos e informarse de los mismos en el Ayuntamiento del término a que se refieran.

2) Todo administrado tendrá derecho a que el Ayuntamiento le informe por escrito, en el plazo de un mes a contar de la solicitud, del régimen urbanístico aplicable a una finca o sector.

3) La publicidad relativa a urbanizaciones particulares deberá expresar la fecha de aprobación del correspondiente plan y no podrá contener indicación alguna en pugna con sus cláusulas.»

Prescindamos ahora del párrafo tercero y examinemos los dos primeros párrafos del artículo 43.

El párrafo primero proclama la publicidad formal mediante exhibición de los Planes y proyectos en los Ayuntamientos respectivos haciendo caso omiso de los dictados del Registro de la Propiedad. He aquí su alcance:

- 1.º) La información puede obtenerla cualquier persona (no sólo la que tuviere interés legítimo, como exige el art. 221 de la L. H.). Esto, en realidad, no es censurable.
- 2.º) Su contenido es amplio: abarca el conocimiento de los planes y proyectos con sus normas, ordenanzas y catálogos.

(10) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*.

- 3.º) Las garantías para el particular son las mismas que ofrece la exhibición de los libros del Registro de la Propiedad: veracidad de cuanto en ellos se contiene, de la cual sólo el que tenga ciertos conocimientos de la vida registral puede entresacar datos provechosos.

El párrafo segundo implanta la publicidad formal por escrito. Veamos su alcance:

- 1.º) La información escrita puede reclamarla —como en el supuesto anterior— cualquier administrado.
- 2.º) El contenido del informe es más concreto: se refiere al régimen urbanístico aplicable a una finca o sector; esto es, si está o no ordenado, y, en el supuesto de existir plan, la zonificación y reglamentación del uso del terreno.
- 3.º) *Garantías.*—Deberían producirse las mismas que si se tratase de una certificación de las que se expiden en el Registro de la Propiedad, a saber: plena correlación entre lo certificado y lo que se certifica. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1966 pone una sombra de duda al sentar que «el artículo 43 configura un trámite meramente informativo y, por tanto, sin entidad para vincular al Ayuntamiento informante».

Tal vez la ausencia de vinculación se refiera al plazo que tiene el Ayuntamiento para expedir el escrito, que, según el artículo 43, es de un mes a contar de la fecha de la solicitud, pues de otro modo, si la desvinculación se refiriese al no ofrecimiento de las garantías necesarias respecto a la veracidad de lo informado, estaríamos en presencia de una nota semejante a la simple informativa de los Registros de la Propiedad, sin garantías para tercero, cosa que estimamos no habrá querido establecer la Ley.

Pero si el plazo del mes que como máximo concede la Ley al Ayuntamiento se hubiere cumplido sin haberse expedido el informe, ¿qué derecho tienen los particulares? A juicio de GONZÁLEZ PÉREZ, sólo el que les proporcione la reclamación de queja, con la poquísima eficacia práctica que la misma supone, ante la pasividad administrativa.

Si el Registro de la Propiedad tiene, entre otras finalidades, la de coordinar lo que aparece de sus libros con lo que resulta de la realidad, de forma que lo no inscrito es inoponible a lo inscrito (art. 32), y lo que no consta en el Registro no perjudica a tercero que reúna los requisitos del artículo 34, podía el legislador haber seguido uno de estos dos caminos:

- O respetar la legalidad vigente, subordinando la publicidad de los planes de ordenación al Registro de la Propiedad, siempre que a éste se hicieran llegar tales planes para su constancia y archivo.
- O instaurar, como una innovación más, un sistema de publicidad distinto que ofreciera mayores garantías de las ofrecidas por el Registro.

Pero lo que no nos parece aceptable es la idea de yuxtaponer al sistema tradicional del Registro de la Propiedad otro diferente que, sin ofrecer mayores garantías, restringe sus efectos; y todo ello sin modificar artículos de la Ley Hipotecaria tan importantes como el 32 y el 34, y haciendo caso omiso de esa trascendental declaración del artículo 1.º de la misma Ley, estableciendo la salvaguardia por los Tribunales de los asientos del Registro en tanto no se declare la nulidad de tales asientos por los procedimientos establecidos en la Ley (la Ley Hipotecaria, no la Ley del Suelo).

C) DESCENSO A DETALLES MUY CONCRETOS: LA FACULTAD DE EDIFICAR Y LA DIVISIBILIDAD O INDIVISIBILIDAD DE LAS PARCELAS

Delimitaciones a la facultad de edificar

1) *La delimitación general del artículo 67.*

Art. 67.—«1) El suelo urbano estará sujeto a la limitación de no poder ser edificado hasta que la respectiva parcela, por contar con los servicios mínimos de urbanización a que se refiere el artículo 63, mereciere la calificación de solar.

2) Sin embargo, podrán autorizarse construcciones destinadas a fines industriales en las zonas permitidas o a la explotación del suelo, cuando la seguridad y salubridad quedaran suficientemente atendidas y el propietario asumiera las obligaciones del régimen de cooperación mediante inscripción en el Registro de la Propiedad.

3) Los propietarios del suelo urbano deberán:

- a)*
- b) Edificar los solares bajo la carga de expropiación en el plazo que fija según el artículo 142.»*

El párrafo 1) del artículo 67 contiene una delimitación de signo negativo: no se permite la edificación hasta que la parcela merezca la calificación de solar por contar con los servicios mínimos de urbanización.

Aparte de las normas especiales recogidas en los artículos 47 y 48, el mismo artículo 67 contiene una excepción, por un lado, y una obligación impuesta a los particulares, por otro:

- a) *Comentarios a una excepción que se inscribe en el Registro sin constancia previa de la delimitación general que se intenta desvirtuar.*

Art. 67.—«...2) Sin embargo, podrán autorizarse construcciones destinadas a fines industriales en las zonas permitidas, o a la explotación del suelo, cuando la seguridad y salubridad quedarán suficientemente atendidas y el propietario asumiera las obligaciones del régimen de cooperación mediante inscripción en el Registro de la Propiedad.»

Esta referencia a la inscripción en el Registro de una asunción por parte del propietario de las obligaciones emanadas del régimen de cooperación, se ha intentado aclarar por FUENTES SANCHIZ (11), que prevé el siguiente procedimiento:

- 1.º) Solicitud por el propietario dirigida al órgano competente, que concederá la licencia con carácter provisional en tanto no se acredite el cumplimiento de los condicionamientos legalmente establecidos.
- 2.º) Otorgamiento de escitura pública en la que:
 - Se describa el inmueble.
 - Con referencia a la licencia provisional, se contraigan las obligaciones del sistema de cooperación, especificadas en el artículo 115 (12).
 - Se fije por el órgano competente una cifra máxima de responsabilidad para tal cumplimiento, que operará como garantía real.
- 3.º) Inscripción en el Registro del acto de creación de la garantía, extendiéndose un asiento de inscripción a favor del órgano urbanístico competente para otorgar la licencia, en la que se hará constar:
 - La edificación o uso autorizado.
 - La clase de obligaciones contraídas.
 - Su cuantía y carácter real de la imposición.
- 4.º) Inscrito el acto, procede la autorización definitiva.

(11) NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, *En torno al Urbanismo*, "R. C. D. I.", separata, 1963.

(12) *Art. 115.*—“En virtud del sistema de cooperación los propietarios de terrenos comprendidos en el polígono o manzana deberán, dentro de los límites señalados en esta sección: a) Ceder gratuitamente la superficie vial. b) Ceder gratuitamente la superficie destinada a parque y jardines públicos. c) Contribuir económicamente a las obras de plazas y grandes avenidas proyectadas en proporción al valor de los solares resultantes de la parcelación. 2) Los solares deberán ser edificados en los plazos que se fijen.”

Aun cuando, indudablemente, los intentos aclaratorios de FUENTES SANCHIZ son plausibles, y más aún sus deseos de coordinación entre los preceptos de la Ley del Suelo y los de la Ley Hipotecaria, hemos de reconocer que falta fundamento registral a esa autorización para edificar. Ciertamente es que lo que accede al Registro es el acto de creación de la garantía y no la autorización, pero no resulta menos cierto que tal acto sirve de presupuesto al establecimiento definitivo de una autorización para edificar que, al menos en los libros registrales, no queda limitada ni prohibida. También es cierto que en el asiento de inscripción que se practique a favor del organismo competente se hace constar no sólo las características propias de la obligación asumida por el propietario, sino, además, algo que resulta redundante: la autorización para una edificación cuya posibilidad se presume registralmente. Si el titular registral tiene, según el Registro, la facultad de edificar, ¿por qué es necesario consignar la autorización para construir, y por qué sólo se concederá si se inscribe el acto por el cual el propietario responsabiliza una finca en garantía de unas obligaciones de cooperación? Pero aún hay más: cuando en su día, y a la vista de la certificación del organismo competente, se acredite el cumplimiento de las obligaciones contraídas y se consienta u ordene la cancelación, ¿a qué situación llegaremos cuando, cancelado el asiento, desaparezcan de los libros registrales no ya sólo las obligaciones asumidas por el propietario y garantizadas con una finca, sino, además, la constancia de esa autorización expresa que le fue otorgada para edificar? ¿Habrá de entenderse que sobre el solar pesa la prohibición de edificar aun cuando del Registro no resulte ninguna delimitación del dominio, o, por el contrario, deberá presumirse para ese terreno un régimen de normal libertad? Si es lo primero, ¿para qué sirve el Registro que no publica una delimitación concreta? Si es lo último, ¿para qué sirve la delimitación impuesta?

b) *Breve idea de una obligación no muy bien delimitada.*

Art. 67.—«... b) Edificar los solares bajo la carga de expropiación en el plazo que rijan según el artículo 142.»

Parte la Ley de un presupuesto: se trata de terrenos que, con arreglo al artículo 63, tienen la consideración de solares. Respecto a ellos, no queda prohibida la edificación, sino, muy al contrario, se impone. Mas he aquí que en la inscripción registral no constará ni la consideración registral de solar de conformidad con la Ley del Suelo, ni el plazo señalado para la edificación.

Es posible que en el Registro de la Propiedad aparezca descrito un terreno al que se califique de «solar»; pero esa calificación no va más allá de las formas usuales catalogadoras, sin pretensiones de coordinación con los preceptos de la Ley del Suelo; por ello, resulta muy probable que, a pesar de tal calificación, el terreno descrito no pase de ser —conforme a las disposiciones de la Ley del Suelo— un terreno inedificable.

En cuanto al plazo para edificar, la Ley se remite paladinamente al artículo 142, como si en ese precepto, y de modo general, se fijase el plazo dentro del cual haya de ser edificado el solar. Pero del citado precepto no se desprenden más que estas dos cosas:

- 1.ª) Que el plazo es variable e indeterminado *a priori*, pues quedará establecido por el plan, o por el proyecto de urbanización o expropiación, o programa de actuación, o acuerdo de declaración de interés inmediato de urbanización y edificación del polígono y manzana; y
- 2.ª) Que, en defecto de tal fijación, subsidiariamente, la Ley lo determina en dos o en tres años, según los casos.

Piénsese en el adquirente a título oneroso de un solar sometido a un plan de ordenación que en el Registro no aparece delimitado debidamente: ¿deberá quedar obligado a la edificación en el plazo establecido? Más aún: ¿quedará sometido a una expropiación forzosa si transcurriese ese plazo que no consta en el Registro? En buena técnica creemos que no debe ser así:

- 1.º) Porque lo que no conste en el Registro es inoponible ante lo que en él quede consignado (arts. 32 y 34 de la L. H.).
- 2.º) Porque no nos vale el argumento de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, toda vez que:
 - Ni la Ley se preocupa de dar «cognoscibilidad» (posibilidades de conocimiento) a las delimitaciones que establece, sino de modo subsidiario cuando falten otros medios.
 - Ni la Ley delimita en este aspecto a toda la propiedad nacional, sino sólo a aquel sector encuadrado dentro de un plan que puede ser —y de hecho es— diferente de otro planeamiento.

Prueba de todo esto es que la Ley ha buscado medios de cognoscibilidad distintos de los de la propia Ley; esos medios son los de los artículos 35 y 43. Y pensamos nosotros: si, en definitiva, hay que acudir a medidas de publicidad ajenas a las de la Ley, ¿cómo no se busca el apoyo del Registro de la Propiedad, que cuenta en su haber con más de cien años de experiencia?

2) *Las obras de carácter provisional a que se refiere el artículo 47.*

Art. 47.—«... Segunda. Las nuevas construcciones se ajustarán a la ordenación aprobada.

... 2) No obstante, si no hubieran de dificultar la ejecución de los planes, podrán autorizarse sobre los terrenos, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, usos u obras justificadas de carácter provisional, que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho a indemnización, y la autorización aceptada por el propietario, deberá inscribirse, bajo las indicadas condiciones, en el Registro de la Propiedad.

... 3) El arrendamiento y el derecho de superficie de los terrenos a que se refiere el párrafo anterior, o de las construcciones provisionales que se levanten en ellos, estarán excluidos del régimen especial de arrendamientos rústicos y urbanos y, en todo caso, finalizarán automáticamente con la orden del Ayuntamiento acordando la demolición o desalojamiento para ejecutar los Proyectos de urbanización.»

a) *La extraña inscripción de la autorización aceptada por el propietario.*

Qué acto es este que motiva la registración, o cuál sea el asiento practicable no se desprende del precepto, ni tampoco del artículo 209 de la misma Ley cuando, con excesiva amplitud, dice: «Los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la presente Ley podrán ser anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme a lo establecido en la legislación hipotecaria.» Como la legislación hipotecaria no prevé supuestos de esta clase, la cosa resulta bien clara: nos quedamos sólo con lo previsto en el artículo 47, es decir, con nada.

Sin embargo, en un intento de esclarecimiento de la norma, y siguiendo —como en tantas otras ocasiones— las notas aclaratorias de NARCISO DE FUENTES SANCHIZ, podemos interpretar el precepto así:

- 1.º) El título formal que al Registro se presenta adopta la forma de certificación expedida (por duplicado) por el órgano competente (que suele ser el Ayuntamiento). En ella se describe el inmueble con datos registrales actualizados, y se contienen todos los datos necesarios, como son el acuerdo para la autorización, plazo de la misma, si se estableciere; informes técnicos, etc.
- 2.º) El acto que accede al Registro no es más que el acuerdo de autorización de obras provisionales, como trámite previo a una posible declaración de obra nueva.
- 3.º) El asiento practicable es el de nota al margen del último asiento de dominio de la finca de que se trate. Reviste esta nota los caracteres siguientes:

— No es una simple nota marginal de oficina, sino de la clase de las sucedáneas de otros asientos.

- Sus circunstancias serán:
 - Constatación del uso u obra provisional autorizados.
 - Precepto legal base del acuerdo.
 - Fecha de éste.
 - Organismo urbanístico que lo adoptó.
 - Referencia al título presentado y demás circunstancias generales de los asientos.
- Sus efectos pueden sintetizarse así:
 - Publicación frente a todos, a *sensu contrario*, de la delimitación que sobre la finca pesa. Las certificaciones que los Registradores de la Propiedad expidieren de titularidad y cargas deberán reflejar esta delimitación.
 - Despliega sus efectos durante un tiempo determinado, salvo que, por no prohibirlo la Ley, se hubiese fijado en el acuerdo un plazo para la misma. Su cancelación tendrá lugar por acuerdo del mismo órgano que concedió la autorización, o por su superior jerárquico, o por sentencia firme.

Plantea el precepto numerosas cuestiones. He aquí algunas de ellas:

- 1.^a) Se incide en la misma cuestión que hemos planteado al comentar la autorización de obras que prevé el artículo 67; es decir, ¿cómo es que, no existiendo delimitación registral para la propiedad de que se trate, puede concederse una autorización —resoluble, por cierto— para algo a que, con arreglo al Registro, se tiene derecho? ¿A qué situación se llega cuando se resuelva la autorización: a una de régimen delimitativo extrarregistral, pero que influye directamente en los titulares registrales, o a un régimen de libertad normal para la propiedad?
- Ni acudiendo a la Ley se puede obtener conocimiento exacto de la delimitación; para conocerla es necesario acudir a los medios publicitarios del artículo 43. En cambio, si los respectivos planes de ordenación accediesen al Registro, y en los libros de éste se consignasen las delimitaciones, quedarían solucionados los dos interrogantes anteriores: por un lado, la autorización que *a posteriori* se concediese tendría su fundamento jurídico en una limitación preexistente, y, por otro, resuelta la autorización, el régimen para la propiedad inscrita no podría ser otro que el delimitado registralmente.
- 2.^a) Aun cuando el artículo 47 diga que la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad bajo las indicadas *condiciones* (provisionalidad, revocabilidad por el Ayuntamiento y no indemnización), no creemos se trate de un acto condicional, sino de otro revocable a voluntad del Ayunta-

miento en virtud de un derecho potestativo que, permitido por la Ley, se reserva en el momento de nacer la relación jurídica, y que le concede la facultad de privar de perdurabilidad a una situación adquirida por otra persona, que no podrá intervenir para impedir el ejercicio del derecho potestativo reservado. De aquí que la capacidad exigida sea muy diferente a la hora de aceptar la imposición de ese derecho que a la hora de su ejercicio.

Esto así, ¿quedará legitimado el marido, como administrador de la sociedad conyugal, para recabar la autorización respecto a construcciones que hayan de realizarse con dinero ganancial sobre solar privativo de su mujer? A nuestro juicio, aunque no se obtuviere el consentimiento de la mujer, el marido queda legitimado; pero el precepto aplicable a la situación que se produzca no debe ser el del párrafo segundo del artículo 1.404 del Código civil, que establece un cambio de titularidad en favor de la sociedad conyugal con un crédito para el cónyuge desposeído, sino que, dado el carácter provisional de la autorización y, consiguientemente, de las obras realizables, el precepto aplicable será el del párrafo primero de dicho artículo.

- 3.ª) ¿Qué sucede con los asientos posteriores —concretamente con el de declaración de obra nueva— cuando la nota marginal que ha provocado la autorización para realizarla se cancela por otra nota marginal y en virtud del ejercicio del derecho potestativo que se reservó el Ayuntamiento?

En realidad, la obra nueva habrá accedido al Registro a través de un asiento de inscripción, que es el supuesto normal. Pero coincide que este asiento está dependiendo en su existencia de la existencia de la autorización. Como esta última provocó una nota marginal, ¿se entenderá cancelada la inscripción de la obra nueva con la cancelación de la nota marginal, o habrá de cancelarse de oficio expresamente?

Por otro lado, si la nota marginal que ha provocado la autorización para edificar tiene por finalidad la de dar aviso a terceros de que allí va a surgir una propiedad revocable, de forma que no puedan invocar desconocimiento de ello ni, por ende, la protección registral, si se cancelase aquélla sin haberse derruido todavía la construcción y apareciese en el interregno un tercero adquirente a título oneroso, ¿podría invocar tal protección? Piénsese en la contestación, pues si se contesta negativamente aduciendo que la delimitación existe aún fuera de los pronunciamientos del Registro, ¿para qué la extensión de esa nota marginal si lo único que hace es enervar temporalmente una delimitación surgida extrarregistralmente y que con nota o sin ella parece va a influir decisivamente en el Registro? Más lógico sería que la delimitación fuere constatada en el Registro de la Propiedad, y, por derivación y como una excepción a la misma, la autorización transitoria.

b) *Las repercusiones en el arrendamiento.*

Los arrendamientos que se concertaren no quedarán sometidos a la legislación especial de arrendamientos rústicos o urbanos, y, en todo caso, finalizarán automáticamente con la orden del Ayuntamiento acordando la demolición o desalojo.

Si tales arriendos no quedan regulados por las disposiciones especiales, sí quedarán acogidos a las generales del Código civil con las limitaciones que la Ley del Suelo establece. A tales efectos:

- 1.º) La denegación de prórroga, que las legislaciones especiales conceden al arrendador sólo excepcionalmente, se producirán ahora, con toda normalidad, sin derecho por parte del arrendatario a preavisos, indemnizaciones ni retornos.
- 2.º) El tiempo de duración del contrato, libremente fijado por las partes con arreglo al Código civil, no podrá exceder del que tenga la autorización, pues si excediere se resolverá con ella. Pero si la autorización se agota antes que el plazo del arriendo, ¿podrá el arrendatario exigir indemnización de daños por incumplimiento de la obligación que señala el párrafo tercero del artículo 1554, a cuyo tenor el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato?

A nuestro entender, el arrendamiento no gozará de ningún derecho:

Primero.—Porque la existencia del arriendo depende siempre de la existencia de la titularidad del arrendador, según las disposiciones del Código civil, y resuelta esa titularidad (no transmitida, que es supuesto distinto), habrá de resolverse la del arrendatario.

Segundo.—Porque la titularidad resoluble del arrendador consta en el Registro de la Propiedad desde el momento que tuvo acceso a sus libros la autorización para realizar obras de carácter provisional. Esto así, el arrendatario no podrá nunca aducir ignorancia, toda vez que la cognoscibilidad legal del Registro es tanto como conocimiento efectivo.

3) *Otras delimitaciones a la «facultas aedificandi».*

Podemos señalar:

La de los edificios o instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del plan y disconformes con él. El artículo 48 declara su calificación como fuera de ordenación y respecto a los mismos no podrán realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, etc., salvo casos excepcionales.

La del artículo 49 para industrias instaladas en zona no adecuada.

Delimitaciones en la facultad de dividir.

Juega la Ley con tres conceptos diferentes, aunque enlazados entre sí: el general de indivisibilidad y los especiales de parcelación y reparcelación.

La *indivisibilidad* se proclama por la Ley del Suelo ante la necesidad de terrenos o parcelas de extensión suficiente para que el volumen de edificabilidad no dé lugar a edificaciones desproporcionadas contrarias a normas urbanísticas señaladas en el planeamiento. De la indivisibilidad se ocupa el artículo 78.

La *parcelación urbanística* consiste en la división de terrenos en dos o más lotes cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada existente o en proyecto, o esté situado a distancia inferior a cien metros del borde de la misma (art. 77-1).

La *reparcelación* tiene lugar mediante la nueva división de los terrenos parcelados, que se podrá imponer obligatoriamente con algunos de estos fines:

- a) Regularizar la configuración de las parcelas; y
- b) Distribuir justamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación (art. 77-2).

a) *La indivisibilidad.*

El artículo 78 de la Ley marca solamente los principios, las directrices de la indivisibilidad, no sus realizaciones concretas. Señala, pues, que serán indivisibles:

- a) *Las parcelas determinadas como mínimas en el Plan parcial, a fin de constituir fincas independientes.*
- b) *Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resultantes se adquirieran simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes, con el fin de agruparlos y formar una nueva finca.*
- c) *Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínima en el Plan, salvo que el exceso de dicho mínimo pueda agregarse con el fin indicado en el apartado anterior; y*
- d) *Las parcelas edificables en una proporción de volumen en relación con su área cuando se construyere el correspondiente a toda la superficie o, en el supuesto de que se edificare en proporción menor, la porción de exceso, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.»*

El último inciso del precepto presenta dificultades en la interpretación, dada su oscura redacción; pero en síntesis, y empleando términos vulgares, la norma quiere decir esto: en ocasiones, la total extensión de

una parcela no es edificable, pero sí una parte de ella (p. ej.: de cada cuatro metros de superficie son edificables dos). Como ninguna norma lo impide, el propietario puede concentrar todo el volumen edificable en una parte de su terreno, en cuyo caso puede ocurrir una de estas dos cosas: que al edificar se haya agotado todo el volumen edificable; o que no se hubiese agotado.

En el primero de los casos, la total parcela (parte edificada y parte no edificada) es indivisible, y, por tanto, la superficie no edificada es inseparable de la edificada.

En el segundo de los supuestos (que se haya edificado sobre la parcela menos de lo permitido), la superficie total tampoco es divisible si el resto no edificado no tiene una extensión superior al doble de la considerada como mínima en el plan, salvo que se intente agregarlo a otro terreno colindante para formar con él una nueva y única finca.

Por otro lado, y como acabamos de decir, la Ley sólo contiene los principios de indivisibilidad, pero no señala la unidad mínima de las parcelas. Hace referencia a parcelas mínimas, pero no a la extensión que, según los casos, deben tener. No sirve, por tanto, para publicar frente a todos la delimitación en cuanto a la indivisibilidad, debiéndose buscar la publicidad por otros derroteros.

El encargado de concretar esa indivisibilidad en cada sector debería ser el Plan general del municipio; pero resulta que, según el apartado 2) del artículo 9.º de la Ley del Suelo, tales Planes deberán contener entre otros datos que no hacen ahora al caso, «las normas urbanísticas aplicables a la edificación en las zonas urbanas como a las condiciones que han de regir en las rurales, señalando en éstas la unidad mínima de cultivo determinada, del modo previsto en la Ley de 15 de julio de 1954».

Obsérvese cómo estos Planes generales municipales hacen referencia a la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, para las fincas rústicas, pero nada dicen de las urbanas.

Hemos de descender otro escalón más y llegaremos a los Planes parciales, que son desarrollo de los generales. El artículo 10 hace referencia indirecta a las unidades mínimas de las fincas urbanas cuando, en su apartado e), señala, como uno de los extremos que habrá de contener, «la reglamentación del uso de los terrenos en cuanto a *volumen*, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones y elementos naturales, en cada zona».

Los Planes parciales, dice además el apartado 2) del mismo precepto, estarán integrados por los documentos siguientes: «Ordenanzas reguladoras de las materias enunciadas en el apartado e) del párrafo anterior».

De todo esto se deduce que ni la Ley, ni los Planes generales determinan las unidades mínimas de los terrenos urbanos; son los Planes parciales con sus Ordenanzas los que las concretan.

Pero tales Planes parciales, para que tengan ejecutoriedad (como todo el planteamiento), necesitan de una publicidad; y la delimitación que imponen en cuanto a las facultades de dividir exigen un público conocimiento. De aquí que sea la misma Ley la que se encargue de poner los medios para llegar a tal conocimiento efectivo.

La publicidad se lleva a cabo:

- a) De forma inadecuada, mediante la inconcreta publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, o en el de la provincia. Pero lo que se publica —como dispone el art. 35 de la Ley— no es más que el «acuerdo aprobatorio», que no contendrá la determinación de las parcelas indivisibles de cada sector. Con la publicación no se hace sino provocar la «cognoscibilidad» de la norma, dejando al administrado la posibilidad de ejercitar su derecho de información en base al artículo 43.
- b) Mediante la más eficaz publicidad encomendada a Notarios y Registradores de la Propiedad.
 - 1) Los Notarios, cuando intervengan en un supuesto de división de fincas no incurso en parcelación o reparcelación, deberán pedir a los interesados la presentación del correspondiente plan parcial y ordenanza a fin de verificar la superficie mínima y consignar en la descripción de la finca el carácter indivisible.

Como funcionario público que es debe saber de la existencia del Plan de ordenación, pues para eso se publica en el *Boletín Oficial*, aunque su obligación no llegue a tener que conocer al detalle todos los datos del planeamiento. Deberá, sin embargo, consultarlo para tomar conocimiento de todo aquello que contribuya a un mejor desempeño de su función.

- 2) Los Registradores de la Propiedad consignarán en los libros ese mismo carácter de indivisible, ya tomándolo de la descripción que hubiere hecho el Notario en el documento que se le presentare, ya por conocimiento directo obtenido del órgano competente en los casos de parcelas edificables comprendidas en el último apartado del artículo 78 a que antes hicimos referencia.

En torno a la indivisibilidad de las parcelas, conviene perfilar la actuación de los Registradores de la Propiedad:

- 1.º) Cuando la delimitación se consignase en el documento notarial continente de un acto jurídico de trascendencia registral, la constancia en el Registro de la Propiedad de la indivisibilidad no se produce mediante la extensión de un asiento autónomo, sino embibida en el asiento que resulta de la inscripción del acto o contrato que al Registro llega documentado y, dentro de él, en la

descripción de la finca. La fórmula que puede emplearse es similar a la empleada para las fincas de reemplazo en zonas de concentración parcelaria: «Indivisible con arreglo a la legislación vigente»; o simplemente: «Indivisible».

- 2.º) Cuando la delimitación es comunicada directamente al Registrador por el órgano competente, la indivisibilidad de la parcela se constata en los libros registrales a través de un asiento independiente.

Aun cuando la Ley no lo determina, estimamos que el proceso seguirá estos trámites:

- El interesado, titular de una parcela con un volumen de edificabilidad proporcional a la total superficie, solicita licencia para edificar conforme a sus posibilidades.
- El órgano urbanístico competente la concede e, inmediatamente, lo pone en conocimiento del Registrador para que haga constar en los libros el carácter de indivisible de la parcela.
- El título que accede al Registro reviste la forma de certificación expedida por duplicado.
- El asiento que se practica es el de nota marginal a la última inscripción de dominio de la finca.
- Con la constancia registral se consigue que en el lapso de tiempo transcurrido entre la licencia y la obra nueva desaparezca la inseguridad jurídica, evitando así posibles perjuicios a terceros adquirentes.

b) *Las parcelaciones y reparcaciones.*

Como estima MARTÍN BLANCO (13), son por definición y sus resultados una división de terrenos.

El artículo 79 de la Ley del Suelo impone para ellas un par de requisitos y una garantía publicitaria:

Los requisitos son:

- 1) *Un acto regla.*—Previamente, han de haber sido aprobados el Plan General de Ordenación y el Plan Parcial del sector correspondiente. Si no estuviere aprobado el general, deberán formarse simultáneamente el Plan parcial y el proyecto de parcelación.
- 2) *Un acto condición.*—Obtención de la licencia municipal. Esta exigencia queda corroborada por el artículo 165 de la misma Ley.

(13) MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, páginas 89 y ss.

Las garantías se establecen así:

«... Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos que se acredite el otorgamiento de la licencia que los primeros deberán testimoniar en el documento.»

Acomodándose a la letra de la Ley, FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS (14) sostiene que la licencia es necesaria para la parcelación de terrenos, no para la división de solares, siempre que con ella no se violen las normas sobre unidad mínima edificable. Pero, como apunta muy bien BALLBÉ (15), el solar no existe en el reino de la Naturaleza. El solar es una cosa artificial. En la Naturaleza existe terreno, pero no solar. El solar es—en la Ley del Suelo—terreno urbanizado. De aquí que cuando el artículo 79 habla de terrenos se está refiriendo en términos generales a los terrenos urbanizados (solares) y a los que no lo están.

A pesar de todo, la garantía que la Ley establece no es un medio excesivamente eficaz en un sistema como el nuestro, en que, para tales supuestos, la escritura pública no constituye requisito esencial para la validez del acto; y la inscripción registral tiene, por regla general, carácter voluntario. Coincidimos, pues, con MARTÍN BLANCO cuando afirma que «la cada vez mayor intensidad del fenómeno y realidad urbanísticos aconseja, desde el punto de vista de *lege ferenda*, establecer para las divisiones de terrenos la exigencia de su otorgamiento en escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad, con el valor, ambos requisitos, de constitutivos del acto».

A pesar de que a la escritura pública se le confiera la cualidad de constitutiva y también se dé esa misma consideración a la inscripción registral, no creemos exista ninguna contradicción en ello. No se piense que si la escritura es constitutiva sobre toda constituibilidad en la inscripción; y que si es esta última la que constituye, será porque aquella no ha constituido nada.

Para nosotros la constitución registral de un acto supone la fase final, cuya iniciación la tiene en el otorgamiento del consentimiento ante el Notario. He aquí las fases:

Primera fase: Creación del acto.

Normalmente, cuando la escritura pública no es constitutiva, el consentimiento puede prestarse adoptándose cualquier forma admitida en Derecho; pero cuando la escritura pública adquiere ese carácter, por haberlo así determinado la Ley, el consentimiento creador del acto no puede admitirse más que prestándose ante Notario. Si la escritura no fuese constitutiva, el consentimiento que las partes prestasen podría ser probado por cualquier medio de los admitidos; cuando la escritura adquiere el grado de constitutiva, la Ley ordena la superación de la prueba, de modo que ni frente a terceros ni entre las partes puede existir el consentimiento si no se ha prestado bajo la forma predeterminada legalmente.

(14) FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS, *El Notario y la Propiedad Inmobiliaria moderna*, "R. D. N.", 1957.

(15) BALLBÉ, *loc. cit.*

Segunda fase: Creación de la seguridad.

Aun cuando el consentimiento creador del acto nunca es creado por el Notario, sino por las partes que son, en definitiva, las que lo prestan, cuando la escritura no es constitutiva, el acto celebrado en presencia del Notario es más eficaz que el otorgado fuera de él, ya que se producen los efectos del artículo 1.218 del Código civil surtiendo efectos frente a terceros del hecho que motivó su otorgamiento y de la fecha de éste. Pero he aquí que la finca, la titularidad de la misma y las cargas que sobre ella puedan pesar no están cobijadas por la fe pública notarial, de aquí que la inscripción en el Registro de la Propiedad venga a reforzar la publicidad notarial, dando fe de todo aquello que el Notario no pudo dar. En cambio, cuando la escritura pública es constitutiva, no es que el Notario se erija en creador del consentimiento (que sigue siendo prestado por los interesados), pero sí que por ministerio de la Ley se ha de erigir en el único perceptor de tal consentimiento. Si la Ley sólo atribuye carácter constitutivo a la escritura pública, la inscripción que posteriormente se practique sólo significará un reforzamiento de la actuación notarial y del acto realizado por las partes, pero sin inscripción el acto es válido. Ahora bien, cuando además de ser constitutiva la escritura lo es—por disposición de la Ley—la inscripción, ésta ya no significará un reforzamiento de aquélla, sino un completar su contenido. En los demás casos (inscripción no constitutiva) la escritura podrá ser un *acto final* (válido en sí mismo, aunque admita los consiguientes reforzamientos inscribitorios). Por el contrario, cuando la inscripción es constitutiva, la escritura pública es *acto de fin*, es decir, forma creadora de un consentimiento que *indefectiblemente* ha de encaminarse hacia un *fin de seguridad inmobiliaria*: la inscripción.

Por eso creemos que ambas, escritura e inscripción, algo crean, aunque lo que cada una crea sea algo diferente.

c) *Divisiones operadas con incumplimiento de lo establecido en la Ley.*

1) *División de parcelas consideradas por el artículo 78 como indivisibles.*

A pesar de no contener la Ley un precepto similar al del artículo 70 de la Ley de Concentración Parcelaria declarando la nulidad de pleno derecho de los actos de división de parcelas indivisibles, se ha de estimar que, tratándose de una violación de la Ley, se incide en la norma del artículo 4.º del Código civil, según el cual «son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez».

- 2) *División de parcelas, en principio divisibles, pero no ajustada su división a las disposiciones legales (inexistencia de planes, falta de licencia).*

Las sanciones impuestas por la Ley son graves, pero ninguna llega a la declaración de nulidad del acto, aunque sí a una posible resolución por vía indirecta: la expropiación.

Señalemos las siguientes:

- 1) La del artículo 79, estableciendo que no se considerarán en ningún caso solares, y, por consecuencia, no se permitirá edificar sobre ellos, a los lotes resultantes de una parcelación o reparcelación efectuadas con infracción de las disposiciones citadas. Tampoco se considerarán solares los lotes resultantes de una división de parcelas declaradas indivisibles.
- 2) La del artículo 171. Sanciona el precepto:
 - El organismo competente dispondrá la suspensión de aquellas divisiones de terrenos que, debiendo obtener licencia con arreglo al artículo 165 de la Ley del Suelo, se efectuaren sin ellas o sin ajustarse a las condiciones legítimas señaladas.
 - Cualquiera de esas autoridades u organismos prohibirá todo intento de urbanizar o edificar los terrenos divididos; dispondrá la destrucción de lo realizado y podrá expropiarlos sin requisitos de formulación de previo proyecto.
- 3) La del artículo 214: la responsabilidad alcanza, con carácter solidario, a las personas que intervinieren en la parcelación en calidad de peticionario de licencia, propietario, empresario de las obras y técnico director de las mismas. Y:
- 4) La del artículo 215: imposición de multa por una cuantía igual a todo el beneficio obtenido más los daños y perjuicios ocasionados, y lo recaudado por este concepto no será nunca inferior a la diferencia entre el valor inicial y el de venta de la parcela correspondiente.

Si comparamos la legislación urbanística con la agraria, representada ésta por las Leyes de Concentración Parcelaria y de Ordenación Rural, podremos observar un notable mejoramiento en aquélla para los supuestos de división de parcelas.

Mientras en la Ley de Concentración Parcelaria no se exige autorización alguna para el logro de la división de las parcelas consideradas, en principio, como divisibles (lo que da lugar a verdaderas aberraciones que convierten una parcela extensa en varias antieconómicas), la

Ley del Suelo exige la licencia para poder dividir, sometiéndose así a control riguroso todo el procedimiento divisorio. Sólo la Ley de Ordenación Rural, en su artículo 13, impone esa autorización, pero referida exclusivamente a las parcelas que habiendo sido adquiridas por el Servicio Nacional de Concentración se hubieren redistribuido, después, entre los propietarios.

Por otro lado, mientras la Ley de Concentración Parcelaria no impone sanciones de ningún tipo a las divisiones de parcelas divisibles cuando los lotes resultantes fueren superiores a la unidad mínima, la Ley del Suelo (aun para el supuesto de resultar parcelas viables), establece las sanciones que acabamos de examinar y que pueden llegar, incluso, a la destrucción de todo lo edificado o a la expropiación, si no se cumplen los trámites previos previstos legalmente.

La moderna Ley de Ordenación Rural es la que contiene sanciones declarando la resolución de la venta efectuada por el Servicio a los propietarios, respecto de aquellas parcelas que habiendo sido adquiridas por aquél fueron después redistribuidas entre los agricultores.

III

CONCLUSIONES FINALES

Primera.—La Ley del Suelo trae consigo un nuevo concepto para el dominio con modernas delimitaciones que deben integrarse en su normal contenido.

Segunda.—Sin embargo, la realidad nos presenta un sector de propiedad (poblaciones sin plan de ordenación no afectadas por normas subsidiarias) que muy limitadamente es afectado por la Ley del Suelo; y otro sector (poblaciones con plan de ordenación o afectadas de normas subsidiarias o complementarias) inmerso de lleno en las nuevas concepciones.

Tercera.—Para este último sector, la mutación de normas tradicionales por otras modernas se ha realizado adecuadamente a través de disposiciones de igual rango que aquellas otras que fueron sustituidas.

Cuarta.—Empero, la publicidad de las modernas delimitaciones no se ajusta a las necesidades de la seguridad del tráfico jurídico al desconectarlas del Registro de la Propiedad.

Quinta.—Hacemos nuestra la posición de REGUERA SEVILLA (16) cuando considera que, tanto en las escrituras públicas como en las inscripciones, se deben consignar:

(16) REGUERA SEVILLA, *Mecánica de la Ley del Suelo en relación con el Código civil y la legislación hipotecaria*, en "A. A. M. N.", tomo XIV.

- 1.º) El requisito de la previa licencia en aquellos casos en que, conforme al artículo 165 de la Ley, fuere necesaria.
- 2.º) La circunstancia de si las fincas se hallan dentro o fuera de ordenación o en proceso de urbanización.
- 3.º) La cédula municipal mencionada por el artículo 51 comprensiva de la clasificación perimetral de los predios.
- 4.º) La señalización topográfica de las parcelas discriminando la utilización del suelo, así como la fijación de densidad en la construcción como medios para conocer la mayor o menor productividad del suelo.
- 5.º) La indivisibilidad de las parcelas que el Plan Parcial configurase como mínimas.
- 6.º) El plazo de edificación de solares, por cuanto el incumplimiento del mismo acarrea la sanción de una venta forzosa de la parcela en cuestión.

Sexta.—Los actos de división de las parcelas consideradas como divisibles deberán someterse a la forma de escritura pública y consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad, con carácter constitutivo ambos requisitos.

SEMINARIO DE DERECHO HIPOTECARIO
DE VALLADOLID-SALAMANCA

Ponente: JUAN F. BONILLA ENCINA.
Registrador de la Propiedad

La nueva regulación legislativa de la adopción

(Estudio de la Ley 7/1970, de 4 de julio, que
modifica los artículos 172 a 180 del Código civil)
(Continuación)

SUMARIO: II) *Primera parte. Presupuestos sociológico-jurídicos de la adopción:* A) Trascendencia social de la adopción. B) Sentido de la actual política legislativa. C) Fines de la adopción: su *ratio legis*. D) Riesgos de la adopción: medios de evitarlos. E) En especial el secreto de la adopción y la revelación al adoptado de su condición de tal. F) Principios que inspiran la reforma y principales novedades de la misma.—1. Empleo, en ocasiones, de una técnica más depurada.—2. Nueva terminología de las dos clases de adopción.—3. Posibilidad expresa de transformar la adopción simple en plena.—4. Disminución de las edades exigidas para adoptar.—5. Supresión de prohibiciones para adoptar.—6. Matizaciones en la intervención de los interesados.—7. Nueva consideración y valoración del abandono.—8. Reforzamiento del secreto de la adopción.—9. Inicial equiparación del hijo adoptivo al legítimo.—10. Derecho de reversión o retorno sucesorio.—11. Personas que pueden adoptar y ser adoptadas plenamente.—12. Desaparición del pacto sucesorio.

II

PRIMERA PARTE

PRESUPUESTOS SOCIOLOGICO-JURÍDICOS DE LA ADOPCIÓN

Antes de seguir adelante se impone este estudio, porque la adopción es, a la vez, un fenómeno individual, familiar y social. Individual, en cuanto interesa primordialmente a sus directos protagonistas, el adoptante y el adoptado; familiar, porque repercute en la familia del adoptante (precisamente las investigaciones de los organismos especializados cuidan mucho cómo ha sido acogido el proyecto de adopción por los

más próximos parientes del adoptante y en qué medida será vencible el obstáculo representado por un posible egoísmo de aquéllos) y también posiblemente en la del adoptado (padres que renuncian a su hijo por asegurarle una mejor posición, padres originariamente desconocidos que intentan prevalerse de la adopción de un hijo para obtener ciertos beneficios), acerca de la cual se desea mantener, en lo que sea viable, el secreto de la adopción: y social, porque, como dice el profesor PESCATORE, la adopción es una respuesta a un problema personal y a un problema social, esto último singularmente respecto a la infancia abandonada. A su juicio, el puesto de la adopción debería estar más en las leyes sociales que en las civiles, ya que con la adopción nace un grupo social nuevo: la familia adoptiva (72). Y no debe olvidarse, como ya se ha dicho al principio de este trabajo, que las recientes reformas legislativas han sido propulsadas por la consideración social que ha merecido la adopción, según ha puesto de relieve, entre nosotros, la conclusión 4.^a de las II Jornadas nacionales sobre adopción, celebradas en Oviedo durante los días 20 al 23 de mayo de 1968. Consideración y relieve sociales que han impuesto la necesidad de una serie de organismos especializados en los que colaboren juristas, sociólogos y psicólogos para asegurar el éxito de la institución en la práctica, prestando ayuda y consejo a la familia adoptiva durante el tiempo preciso (73). De

(72) P. PESCATORE, "Le droit nature et l'adoption", en la revista *Sauvegarde de l'Enfance*, diciembre 1964, pág. 464. Tomo la cita del trabajo de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, "La ley chilena de legitimación adoptiva", separata de la *Revista de Derecho español y americano*, 1967, pág. 11, núm. 32.

(73) Dicha 4.^a conclusión decía así: "... CONSIDERANDO que la filiación adoptiva ha alcanzado socialmente una plenitud no correspondida por los efectos legales atribuidos..." Y en la conclusión 8.^a se postula crear un servicio especializado: "CONSIDERANDO la actual situación en lo que a la promoción de la adopción y su realización se refiere y la necesidad de fomentar tal promoción y su adecuada formalización con el prestigio y garantía que la institución adoptiva requiere, se propone la creación de un Servicio Nacional de adopción, dependiente de la Obra Nacional de Protección de Menores, con el carácter de servicio centralizado sin personalidad y sin perjuicio del establecimiento de órganos delegados del mismo a nivel provincial o local, y con la función de estudio, investigación, difusión, asesoramiento técnico y orientación familiar, coordinación de las instituciones y promoción de la actividad de las mismas en orden a la adopción de los menores acogidos." Esta propuesta, dice J. M. CASTÁN VÁZQUEZ ("Las II Jornadas nacionales sobre la adopción", *A. D. C.*, XXI-4, oct.-dic. 1968, pág. 927), se debió al profesor don Jesús Gay, subdirector general de Beneficencia, quien a través de una brillante comunicación había ofrecido un detallado esquema de lo que puede ser el referido Servicio Nacional.

Entre la bibliografía que aborda este aspecto de la adopción se encuentra: Marie-Pierre MARMIER, *Sociologie de l'adoption. Etude de sociologie juridique*, París, Lib. Gén. Dr. et de Jur., 1969; Dr. Clément LAUNAY et Dr. Michel SOULÉ, *L'adoption, ses données psychologiques et sociales*, París, 1954, obras ambas en extremo recomendables; R. SAVATIER, "Une institution civile en euphorie: l'adoption devant le Parlement français", en *Dalloz hebdomadaire*, 1949, chronique XXVIII, págs. 117 y ss.; HEUYER, DESCLAUX et TESSEYRE, "Considérations sur des échecs d'adoption d'enfants", en *Annales de Médic. légale*, núm. 1, enero-

donde resulta que no puede hacerse una adecuada valoración jurídica de la nueva normativa sin tener en cuenta las necesidades a que obedece, las aspiraciones que viene a satisfacer y los problemas que trata de solucionar. Y como esas necesidades, aspiraciones y problemas no han sido creados por el legislador, ni son fruto de un abstracto teorizar de despacho, sino algo vivo y de palpitante actualidad, fenómeno social, en suma, al que el legislador da cauce legal, entiendo que han de contemplarse los presupuestos sociológicos de la adopción a través de su prisma jurídico, es decir, en cuanto interesan a este trabajo esencialmente legal.

A. Trascendencia social de la adopción

Por ello me permito insistir en la trascendencia social de la adopción. La importancia objetiva de una institución —y no sólo de una institución, sino de cualquier acto de la vida en general— puede obedecer a que sea importante por sí misma y su valor se desprenda de su

febrero 1949, págs. 16-21; ID., "Etude de 138 cas de situations difficiles, au cours de l'adoption", en *Sauvegarde de l'Enfance*, núm. 5, mayo 1951, páginas 357-366; ALLIEZ et JAUR, "Incidences médicales et psychologiques de l'adoption à propos d'une série de cas difficiles", en *Sauvegarde*, cit., págs. 366-378; R. ANGELERGUES, *Quelques problèmes médicaux posés par l'enfant adopté* (thèse), París, 1951; Helen CARSCALLEN, "Quelques aspects psychologiques et sociaux de l'adoption légale", en *Revue Internationale de l'enfant*, 1949, núm. 6, página 238; F. CHARLES, "Le secret de l'abandon. Son évolution", en *Sauvegarde...*, junio-julio 1947, núms. 12-12, págs. 27-39; ID., "La prévention de l'abandon et l'adoption", en ídem, abril 1953, núm. 4, págs. 415-422; Me et Mme. CRETIN, "Les oeuvres privées d'adoption", en *Sauvegarde...*, mayo 1951, número 5, págs. 422 y ss.; Cl. LAUNAY et Mme. SCHALOW, "Doit-on révéler à l'enfant adopté le secret de sa naissance?", en *Sauvegarde...*, cit., págs. 379-389; Madeleine PHELIPEAU, "L'adoption", en *Revue d'information et de documentation de l'Assistance publique*, París, septiembre-octubre 1952, núm. 19, páginas 501-512; E. RAIN, "Enfants abandonnés, assistance à l'enfance, adoption", en el *Cours de pédiatrie sociale de la O. N. U.*, tomo II, 1948, págs. 1157-1171; M. SOULÉ, *Problèmes psychologiques propres à la condition de pupille* (thèse), París, 1953; L. BENEDICT, "The boarding home as a resource in adoption", en *Child Welfare*, diciembre 1951, vol. XXX, núm. 10, págs. 7-9; M. CREAK, "Psychiatric aspects in adoption", en *Journal of the medical womens federation*, enero 1951, núm. 5, págs. 35-38; *International Child Welfare Review*, 1949, volumen III, núm. 6, consagrado a la adopción como problema internacional; M. KORNITZER, *Child adoption in the modern world*, London, Putnam edit., 1962; Alice LEAHY, "A study of certain selective factors influencing prediction of the mental status of children", en *The pedagogical Seminary Journal of genetic psychology*, vol. XLI, núm. 2, diciembre 1932, págs. 294-329, especialmente páginas 326-327; ID., "Some characteristics of adoptive parents", en *The American Journal of Sociology*, vol. 38, núm. 4, enero 1933, págs. 548-563; K. BRILL, A. MELFORD y A. TORRIE, "Problems of placement of children for adoption", en *Journal of the Royal Sanitary Institute*, vol. 31, núm. 4, julio 1951, páginas 343-356; L. RAINER, "Helping the child and the adoptive parents in initial placement", en *Child Welfare*, vol. 30, núm. 9, noviembre 1951, págs. 6-8; "Process of supervision in adoption placements. A report of the interagency discussion group of New-York City", en íd., págs. 8-14.

propia esencia, o a que su valoración derive del mundo circundante. Pudiera hablarse de una importancia o valor intrínseco en el primer caso y extrínseco en el segundo. Para apreciar ambos es preciso realizar una operación conocida con el nombre de *valoración* (74), con la siguiente diferencia: mientras el valor intrínseco de que están dotadas ciertas instituciones se «impone» en cierto modo al sujeto, es decir, el proceso valorativo opera de fuera a dentro del sujeto, en los demás casos se procede a la inversa, atribuyendo el sujeto determinadas cualidades al objeto, en virtud de las cuales la institución considerada deviene para él importante, esto es, se valoriza. También se podría hablar de valor absoluto y relativo para designar esos dos diferentes supuestos. Un ejemplo aclarará los conceptos: el matrimonio, el testamento, son actos que aparecen *a priori* como dotados de un valor o importancia extraordinarios, con independencia de los fines perseguidos en el caso concreto; la compraventa, por el contrario, no goza de tan elevada consideración, y sólo en atención a circunstancias —nunca mejor empleada esta palabra, pues *circum-stare* es lo que rodea, permanece fuera— determinadas adquiere mayor relieve. Interesa aclarar que me refiero a la importancia objetiva, pues evidentemente el acto más nimio puede revestir para un determinado sujeto un valor del que en sí mismo carece (v. gr.: el valor de afección), dotándolo, por tanto, de una trascendencia subjetiva que puede, en ocasiones, superar a la objetiva.

Pues bien: creo que la adopción tiene un gran valor intrínseco, con independencia de los fines que mediante ella se persigan. Pueden variar éstos, y, en efecto, así ha sucedido —en Roma se perseguía un fin religioso primero, político más tarde, de los que hoy día nadie se cuida—, pero la importancia de la institución permanece, aunque se haya oscurecido en un determinado momento histórico. Es sintomático que fuera en un país nuevo, carente de un glorioso pasado histórico de la institución, donde la adopción, en su concepción actual, adquirió mayor desarrollo. En el nuevo país, abundante en tierras y trabajo para todos, sin las inquietudes que proporciona la descendencia ni leyes restrictivas, en los Estados Unidos de América del Norte, la adopción se practicó intensamente y adquirió en breve tiempo extraordinaria pujanza. Los sociólogos están de acuerdo en que actualmente constituye un verdadero fenómeno social, por el cambio de estatuto personal que engendra —el adoptado pasa a ser hijo del adoptante— y por su importancia numérica, calculándose en más de 50.000 las solicitudes de adopción que se presentan anualmente ante los Tribunales americanos.

Esta importancia de la adopción repercutió en los países europeos y se vio favorecida por las consecuencias de las dos últimas guerras (aumento del número de huérfanos y de hijos ilegítimos, creciente senti-

(74) Sobre la valoración y sus problemas filosófico-jurídicos, puede verse José VÁZQUEZ RICHART, "Efectos jurídicos de la desvalorización monetaria", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1957, págs. 41-50, 285-291 y 601-607.

miento de la solidaridad). Las secuelas de la guerra de 1914 determinaron su despertar del letargo en que se encontraba en las naciones europeas que la habían sufrido, y la última contienda mundial impuso la asimilación del adoptado al hijo legítimo (75). Porque la política legislativa se encuentra estrechamente ligada a la consideración social que, a través de los tiempos, ha merecido la adopción. La poderosa organización de la familia agnaticia y el culto a los antepasados la confirieron una importancia excepcional dentro del sistema jurídico romano. Por idénticas razones conservó un lugar privilegiado durante mucho tiempo en las legislaciones de ciertos países orientales. Por el contrario, los Códigos del siglo pasado la acogieron, en general, con dificultad y como a disgusto, hasta el punto de que su admisión en el Código civil francés (76) se debió, en última instancia, al prestigio de que gozaban las doctrinas romanas entre los miembros de la comisión codificadora y principalmente a la influencia personal de Bonaparte, que, careciendo entonces de descendencia, quería asegurarse por este medio un sucesor, de modo análogo a lo efectuado por los emperadores romanos. Al final, la adopción, cuyo título se publicó el 12 Germinal del año XI (2 de abril de 1803), vino a quedar reducida a una institución de carácter patrimonial. La misma tradición romana determinó su admisión en el Código civil italiano de 1867, después que el ministro de Justicia, PISANELLI, la había excluido del Proyecto de 1860, por contraria a las costumbres de la época e inmoral. Muchos Códigos latinos pertenecientes a ese tiempo la excluyen por completo, como el holandés de 1838, el portugués de 1867 y el chileno de 1857, siendo significativo que cuando el Código civil colombiano de 1873, separándose de su modelo chileno, consagra un capítulo a la adopción para respetar la tradición del Derecho español, los juristas colombianos arremeten contra ella y censuran su inclusión en el Código, porque éste no debe recoger «la instituciones que han caído en desuso» (77). Y, en verdad, la adopción se practicaba más bien escasamente por aquel entonces. Por ello, la doctrina clásica de los juristas del siglo pasado consiste en ver en la adopción

(75) Es sintomático el ejemplo de Francia. Después de sendos proyectos de ley en 25 de julio y 22 de septiembre de 1916, la de 19 de junio de 1923 establece la adopción de menores, cuyas restricciones desaparecieron por Decreto-Ley de 29 de julio de 1939, el cual equipara al hijo adoptivo al legítimo a través de la llamada "legitimación adoptiva". A partir de este momento las sucesivas reformas siguen un ritmo acelerado: Leyes de 8 de agosto de 1941 y 23 de abril de 1949, Ordenanza de 23 de diciembre de 1958 y Leyes de 21 de diciembre de 1960, 1.º de marzo de 1963 y 11 de julio de 1966 son las principales disposiciones.

(76) El cual la dedicaba el título VII del libro I, artículos 202 a 219, dividido en dos capítulos, bajo las respectivas rúbricas "De la adopción y sus efectos" (arts. 202-212) y "De las formas de la adopción" (arts. 213-219).

(77) Cfr. CHAMPEAU y URIBE, *Tratado de Derecho civil colombiano*, tomo I, 1899, núm. 492.

una ficción legal incompleta con efectos limitados (78), e incluso un autor más reciente, SECRÉTAN, comienza su estudio sobre la adopción en 1914 con estas palabras: «La adopción es una institución caída hoy en desuso y que nunca ha desempeñado un papel importante en el Derecho de familia moderno» (79). El mismo legislador español de 1958 reconoce la decadencia de la adopción en aquel tiempo: «La presente modificación del Código civil... introduce algunas novedades en materia de adopción, que, caída en desuso en la época codificadora, ha llegado a adquirir una pujante vitalidad...»

Pero, como hemos dicho, a raíz de la guerra de 1914 la adopción se introduce con todos los honores en la legislación de numerosos Estados. A la cabeza de este movimiento favorable a la adopción figuran los países europeos que sienten más directamente la influencia norteamericana (Gran Bretaña, Países Escandinavos), y que hasta entonces se habían limitado a tolerar su práctica, sin que estimasen de utilidad introducirla en su Derecho. Y, a imitación suya, incorporan la institución a sus ordenamientos jurídicos otras naciones (80).

(78) Vid. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, 4.^a ed., tomo VI, 1869, número 6; PLANIOL, *Traité élém. de dr. civ.*, 1.^a ed., 1900, tomo I, núm. 2.326; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de dr. civ.*, 7.^a ed., 1899, núms. 1.091 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, HOUQUES, CHÉNEAUX, FOURCADE et BONNECASSE, *Traité de dr. civ. Des Personnes*, 3.^a ed., tomo V, 1903, núms. 1 y ss., especialmente 1-89.

(79) "L'adoption est une institution tombée aujourd'hui en désuétude et que n'a jamais joué de rôle importante dans les droit de famille moderne" (*L'adoption. Etude de droit civil comparé*, thèse, Lausanne, 1914). ¡Qué lejos de convertirse en realidad parecía entonces el pronóstico de BERLIER cuando, al presentar el proyecto de ley, precisaba que esta institución "sera au premier rang de celles qui sont dans l'intérêt de la société"! (FENET, tomo X, pág. 247.)

(80) Gran Bretaña y la mayor parte de sus dominios por la Adoption of Children Act, 1926, que la introduce en Inglaterra y Gales; la Adoption of Children Scotland Act, 1930, y la Adoption of Children Northern Ireland Act, 1929, para ambos países; Chile (Ley de 6 de enero de 1934), Costa Rica (Ley de 1.º de agosto de 1934), Dinamarca (Ley de 26 de marzo de 1923), Finlandia (Ley de 5 de junio de 1925), Grecia (Ley de 1920, incorporada en los artículos 1.568-1.588 del Código civil de 15 de marzo de 1940), Noruega (Ley de 2 de abril de 1917), Panamá (Código civil de 1.º de octubre de 1917) y Suecia (Ley de 14 de junio de 1917). Después de la última guerra mundial han establecido la adopción Argentina (Ley de 23 de septiembre de 1948), Ecuador (Ley de 5 de noviembre de 1948), Guatemala (Decreto de 5 de mayo de 1947), Holanda (Ley de 26 de enero de 1956), Irlanda (Ley de 13 de diciembre de 1952) y El Salvador (Decreto de 3 de noviembre de 1955). Es de notar que Guatemala había derogado anteriormente sus leyes relativas a la adopción, ya que introducida en el Código civil de 1877 había sido suprimida aprovechando una reforma legislativa en 1933, tal vez por hostilidad personal del general URBICO, a la sazón presidente de la República, y que en Holanda había estado vigente durante el período de aplicación del Código Napoleón (1811-1838). En las naciones que ya la conocían, la reglamentación restrictiva de los Códigos del pasado siglo dejó paso a otra nueva tendente a favorecerla. El ejemplo de Francia, expuesto en la nota 75, es característico. Del mismo modo facilitan la adopción y extienden sus efectos los nuevos Códigos italiano de 1942, rumano de 1939 y de 1954, peruano de 1936 y las leyes alemana de 1948, polaca de 1950 y danesa de 1956, entre otras disposiciones.

B. Sentido de la actual política legislativa

Así aparece una nueva política legislativa en esta materia caracterizada, no sólo por facilitar la adopción, sino que aspira a transformar la noción tradicional, que era la del Derecho romano y la de la codificación decimonónica que concebía la adopción en interés del adoptante, para atender primordialmente al interés del adoptado, que se estima más digno y necesario de protección. Se trata de una evolución parecida, en cierto modo, a la experimentada por la patria potestad, de la que se hace eco el legislador español de 1958, cuando, en la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de ese año, manifiesta cómo «el Código civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos», mientras que «la presente ley... se preocupa ante todo del aspecto personal... para mejorar la situación jurídica del adoptado». El proceso, que había quedado a mitad del camino al equiparar al adoptado al hijo natural reconocido, culmina en la actual legislación, que lo parifica al hijo legítimo.

El actual favor legislativo se manifiesta en diversos aspectos: permitiendo adoptar a los hijos adulterinos y a los naturales, posibilidad que hace un siglo se presentaba como uno de los inconvenientes de la adopción (81) en la plenitud de efectos concedidos a la adopción con la posibilidad de hacer tabla rasa de la anterior situación del adoptado, quien viene a «nacer de nuevo» a partir de la adopción, pero, sobre todo, en las facilidades otorgadas para la adopción de niños abandonados, las cuales desembocan, en ocasiones, en el establecimiento al lado de la legislación ordinaria de otra especial a ellos dedicada o, por lo menos, en la existencia de una nueva clase de adopción, con menos formalismos y dispensa de algunos requisitos exigidos para la adopción ordinaria. La idea, sin duda, no es completamente nueva, ya que en el anterior Derecho francés, el director del Centro de la Caridad de Lyon podía adoptar a los huérfanos acogidos, y existen leyes que en Norteamérica regularon desde tiempo atrás esta clase de adopciones; pero el movimiento adquiere en la legislación actual una fuerza e irrumpe en el moderno Derecho con tal vigor, que pasa a ser uno de los signos característicos del mismo. Basta recordar la legitimación adoptiva estable-

(81) Cfr. PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de dr. civ.*, tomo I, número 1.583, cit.; G. FAVERO, "Note sul problema dell'ammissibilità dell'affiliazione dei propri figli adulterini da parte del genitore naturale", en *Riv. del Dir. matrimoniale e dello Stato delle persone*, Milano, abril-diciembre 1961, año IV, números 2-4, págs. 255-276, y en *Studi in honore di Biondo Biondi*, Milano, Giuffrè, 1965, vol. IV, págs. 271 y ss.; M. P. MARMIER, *Sociologie de l'adoption*, París, 1969, págs. 53-58.

cida en Francia por Ley de 29 de julio de 1939, la *affiliazione* del Código civil italiano de 1942, nuestra Ley de 17 de octubre de 1941 y el régimen especial introducido por la Ley de 1 de agosto de 1934 en Costa Rica y por el Código peruano de 1936, para darse cuenta de ello. A esta evolución ha contribuido la situación en que se encontraban los huérfanos de guerra, como se comprueba en las leyes alemanas de 1948 (82), el Decreto soviético de 8 de septiembre de 1943 y el rumano de 19 de octubre de 1951, que, por lo demás, muestran idéntica preocupación que las legislaciones antes citadas respecto al porvenir de los niños abandonados en general.

Esta política legislativa favorable a la adopción lleva consigo ciertos peligros que el legislador desea prevenir estableciendo al efecto el control. Así ocurre, y es un curioso fenómeno, que las mismas facilidades legislativas arrastran ciertas limitaciones o intervenciones de la autoridad pública, manifestadas en la vigilancia ejercida a través de órganos especializados. De hecho, el control se venía practicando desde finales del siglo pasado en los Estados Unidos de América por medio de instituciones especializadas de carácter privado. Considerada la adopción como una importante obra social, no es extraño que cuestiones tales como el examen de los adoptandos, la selección de los adoptantes, la aspiración de encontrar para cada uno de los primeros la familia adoptiva que mejor pudiera convenirles, la vigilancia mantenida sobre ésta durante cierto tiempo subsiguiente a la adopción a fin de lograr la debida integración familiar, etc., fuesen merecedoras de gran atención y su resolución adecuada considerada en extremo importante, dando así lugar al nacimiento de instituciones privadas que estudiaban esos problemas, algunas de las cuales subsisten todavía y colaboran con las de carácter público. El ejemplo americano se extendió a Europa, y así en Francia existen actualmente unas 20 instituciones de esa clase, de las cuales la mitad al menos han demostrado poseer un positivo valor y gran eficacia, habiéndose agrupado desde 1950 en un *Comité d'entente*, testimonio de que el problema está a la orden del día (83). Mas los esfuerzos particulares, por sí solos, aparecen impotentes ante ciertos inconfesables fines perseguidos por los adoptantes, casos en que se hace imprescindible la intervención estatal. Dejando aparte las medidas legislativas para evitar los fraudes fiscales, de las que es ejemplo el artículo 784 del Código general de impuestos francés, merecen que fijemos nuestra atención en las que tienden a impedir el tráfico que la

(82) Leyes de Brandenburgo (20 de mayo de 1948), Mecklemburgo (30 de septiembre de 1948), Sajonia (28 de mayo de 1948) y Turingia (4 de mayo de 1948).

(83) La Ley federal de la República de Bonn de 29 de marzo de 1951 admite de nuevo como intermediarios a ciertas asociaciones privadas. Puede verse CRETIN, "Les oeuvres privées d'adoption", en la revista *Sauvegarde de l'enfance*, mayo 1951, pág. 424.

adopción puede suscitar por parte de intermediarios sin escrúpulos (84). A veces, los participantes en este «mercado negro» son personas cuyo móvil no es el lucro; antes bien, aspiran a colmar los deseos de matrimonios sin hijos y a proporcionar una situación, un hogar, a recién nacidos que sus madres desean abandonar; en ocasiones, se trata de profesionales (comadronas, médicos, abogados...), confidentes naturales de las jóvenes madres. Incluso en estos casos se llega con frecuencia a desembocar en verdaderos dramas humanos, por cuanto la decisión de abandono no ha sido suficientemente meditada. Particularmente interesante aparece la progresión inglesa en esta materia: la opinión pública rechaza, a partir de 1919, la aplicación a los hijos ilegítimos de los antiguos métodos, propugnándose su adopción, y, bajo la égida de las *Sociedades de protección a la infancia* (Associated Societies for the care and maintenance of infants), se crea la *National Children Adoption Association*, que tiene por objeto, además de centralizar las adopciones, examinar a adoptantes y adoptandos y facilitar todo género de información. En 1921, la Comisión Hopkinson informa al Parlamento sobre la necesidad de establecer una legislación previsora y eficaz, lo que se lleva a cabo cinco años más tarde, nombrándose funcionarios especializados (*children's officers*) que inquieran informes de los adoptantes, los visitan durante el período trimestral de prueba que precede a la adopción y, en fin, asesoran al tribunal encargado de emitir la decisión. Por otra parte, la *Adoption of Children (Regulation) Act, 1939*, trata de poner coto a las maniobras clandestinas en esta materia.

En suma, el objetivo de la política estatal atiende o debe atender a una triple protección:

1.º *Protección del adoptado* contra una separación precipitada de su familia por la sangre, especialmente de su madre; contra el peligro de ser adoptado por personas carentes de condiciones adecuadas para su educación; contra las perturbaciones que en su nueva vida podrían provocar sus padres por naturaleza.

2.º *Protección de los padres por la sangre* del adoptando contra una decisión precipitada, fruto de la ansiedad del momento, y de la que más tarde habrían de arrepentirse.

3.º *Protección de los adoptantes* contra la posibilidad de tomar a su cargo niños con taras hereditarias y contra la intromisión, una vez efectuada la adopción, de la familia por naturaleza del adoptado.

Algunos de estos fines pueden conseguirse mediante la posibilidad de declarar extinguida la adopción o incluso de la pura revocación de

(84) La *Adoption of Children (Regulation) Act*, inglesa de 1939 se inspiró en el deseo de poner fin a las actividades de ciertas sociedades *intermediarias*, cuyo número había aumentado considerablemente a partir de la Ley de 1926.

la misma. Pero este remedio, como todos los que actúan *a posteriori*, es de resultados más perjudiciales que las medidas preventivas, por cuanto el adoptante que ha tenido necesidad de acudir a ellos rara vez volverá a adoptar, escarmentado por su fracaso, mientras que si la adopción ha tenido éxito, aparte de convertirse en un propagandista de la misma, es fácil que realice una nueva adopción. De aquí la importancia de estas medidas preventivas, que sirven para soslayar los riesgos de la adopción, que pasamos a estudiar. Como muchos de estos riesgos derivan o nacen de la desviación de los genuinos fines a perseguir en la adopción, conviene hacer también referencia a éstos.

C. Fines de la adopción: su «ratio legis»

Los fines de la adopción se ofrecen a nuestra consideración en una doble vertiente, dependiendo del plano en que situemos nuestro punto de observación. Si éste es general, de suerte que nos permita remontarnos hasta los principios informadores de la institución y contemplarla en su conjunto, tendremos un fin abstracto, válido par todas las adopciones que el legislador ha contemplado y se propone conseguir y en atención al cual articula el conjunto de las disposiciones legales. Si, por el contrario, descendemos al caso particular, estamos en presencia del fin o móvil que *este* adoptante desea alcanzar y en atención al cual se sirve del medio jurídico que la adopción le proporciona, fin concreto, particularmente determinado —a diferencia del anterior, que lo está de modo general— y que el legislador tiene a veces en cuenta para acceder a la adopción o denegarla. En ambos casos pueden existir, y de hecho existen siempre, paralela o subordinadamente a los anteriores fines *primarios*, otros de naturaleza *secundaria* que, por regla general, serán menos relevantes, aunque puede darse el caso de una trasposición de fines en cuya virtud los primarios aparezcan como secundarios y viceversa. Queda así apuntada la clasificación de los fines en dos grandes grupos: A) *fines abstractos*, los pretendidos por el legislador, y B) *fines concretos*, los perseguidos por los particulares; como subgrupo común, dentro de cada uno de los dos anteriores, figuran los *fines primarios*, entendiendo por tales los dotados de fuerza suficiente para impulsar a efectuar la adopción por sí mismos, con independencia de cualesquiera otros, y *fines secundarios*, que, careciendo por sí solos de fuerza determinante, pueden aumentar o disminuir (según actúe en el mismo o en opuesto sentido) la pujanza de los fines primarios. Con estos fines concretos guardan su más estrecha relación los factores fisiológicos (v. gr.: carencia de descendencia), psicológicos (necesidad de cariño activa o pasivamente), económicos y sociales que impulsan a adoptar y facilitan la difusión de la adopción.

En líneas generales, se pueden resumir los fines abstractos asignados a la adopción en las dos proposiciones siguientes: dar unos padres

a un hijo que carece de ellos y dar un hijo a unos padres que están faltos de él. Nótese bien que decimos en primer lugar «dar unos padres a un hijo», con lo que se quiere significar que la adopción está concebida modernamente en beneficio del adoptado. Pero si la adopción se propone ante todo proporcionar un verdadero hogar a quienes lo necesitan, no es menos cierto que pretende también dar cumplida satisfacción a las ansias paternas de quienes no se resignan ante la imposibilidad de tener hijos. Para esto es preciso, claro está, que dichas personas comiencen por desear tener hijos y que sea precisamente a falta de esa descendencia legítima por lo que deciden adoptar. Resulta así que el afán de paternidad va íntimamente ligado a la adopción. Hoy día puede calcularse que hay, por término medio, 10 solicitudes de adopción por cada adoptando en los países civilizados, lo que obliga a tomar en consideración todos los factores, dado que en cada caso hay que rechazar nueve solicitudes.

Los fines concretos, más o menos lícitos, se presentan las más de las veces enmascarados bajo la apariencia de otros lícitos. Los ejemplos que pueden llegar a constituir verdaderos fraudes legales son muy antiguos. TACITO (*Anales*, XV, 19) nos cuenta cómo, para beneficiarse de ciertas ventajas y obtener determinados cargos, los romanos se servían de adopciones ficticias, llegando los patricios a convertirse en plebeyos y viceversa mediante una adopción, a fin de desempeñar los cargos reservados a la clase social que se adquiriría mediante ella. Actualmente no cabe duda que es preciso procurar averiguar los verdaderos móviles de la adopción para rechazar las solicitudes fundadas en los menos dignos, ya que hay posibilidad de seleccionar y elegir. Las legislaciones suelen encomendar esta labor a los órganos judiciales o administrativos, en los que se encarna el interés de la justicia y la protección de los adoptandos. Pero la tarea no es sencilla (85). No obstante, conviene insistir sobre el problema de los fines perseguidos por las partes en la adopción, porque los riesgos vienen determinados, en la mayoría de los casos, por dichos fines, de tal suerte que existe una especie de correspondencia entre ambos. Puede afirmarse que la adopción cuyos fines son honestos, es decir, aquella en que el adoptante acoja al adoptando como a un verdadero hijo, tendrá asegurado de antemano un elevado porcentaje de éxito; en cambio, si lo que pretende el adoptante es obtener un sucesor del que pueda sentirse orgulloso, que continúe sus negocios o estudie una brillante carrera en la que se refleje la posición social de

(85) Pues los móviles (v. gr.: para obtener la bonificación en el pago del impuesto sucesorio, para lograr la subrogación en los arrendamientos de vivienda o de local de negocio) no suelen exteriorizarse ni tener constancia documental, por lo que es difícil su apreciación y, sobre todo, su prueba. En el caso que motivó la sentencia de 30 de mayo de 1951, los demandantes, sobrinos de la duquesa de S., pretendían que ésta había adoptado primero e instituido heredero después a don P. G. con la única finalidad de que éste les transmitiese seguidamente los bienes relictos, pagando de este modo menos impuestos, pretensión que no prosperó.

quien le adoptó, se expone a llevarse desengaños por cuanto falta aquí el verdadero amor paterno que quiere al hijo tal cual es, listo o torpe, dócil o díscolo, y en todo momento procura estimularlo con paciencia y cariño.

Las legislaciones procuran evitar la intrusión de fines inconvenientes estableciendo el requisito de los justos motivos y ventajas para el adoptado, que debe reunir la adopción para ser aprobada. Según establecía el artículo 343 del Código civil francés, «la adopción no puede tener lugar más que si existen justos motivos y presenta ventajas para el adoptado», y el artículo 369, párrafo tercero, condicionaba la legitimación adoptiva a la existencia de esos justos motivos y ventajas. Aunque la norma no ha sido recogida expresamente en la reforma de 11 de julio de 1966, la doctrina sigue afirmando su vigencia implícita. Las legislaciones inspiradas en el modelo francés, como la belga y la dominicana, exigen este requisito, que ha recogido el artículo 1974 del Código civil portugués aprobado por Decreto-ley de 25 de noviembre de 1966, y que, igualmente, creo debe entenderse vigente en nuestro sistema, como veremos en el apartado correspondiente a los requisitos de la adopción; solución que puede ser mantenida en base a distintos argumentos, entre ellos la subsistencia del artículo 1831 de la L. E. C. y, sobre todo, los dos párrafos finales del artículo 173 del Código civil.

D. Riesgos de la adopción: medios de evitarlos

Resulta difícil hacerse una idea de conjunto sobre los riesgos o dificultades que presenta la adopción. Los mismos términos de «riesgos», «dificultades», «peligros», etc., resultan muy vagos. ¿Qué padres no han encontrado, en algún momento de su vida, dificultades con sus propios hijos? ¿Es que éstas son más frecuentes e importantes si el hijo es adoptivo? ¿Pertenecen, acaso, a un tipo especial?

Con el término riesgos de la adopción u otros semejantes quiero referirme a aquellas circunstancias, procedentes del adoptante, del adoptado o de los padres de éste, que de manera casi constante se presentan como peculiares de la adopción, llegando a entorpecerla y comprometer su éxito. Según las estadísticas, semejantes peligros alcanzan el 5.77 por 100 para los adoptados en edades superiores a los diez años, el 1.68 por 100 para los menores de un año y descienden hasta el 1.25 por 100 para los comprendidos entre uno y dos años, de donde se deduce que, en principio, esta última es la edad óptima para ser adoptado si se quieren reducir los riesgos al mínimo.

Muchos adoptantes se forman una opinión completamente errónea de la adopción, no por ignorancia de lo que ésta sea, sino porque, engañándose a sí mismos, se hacen sinceramente ilusiones sobre su vocación de padres que no corresponden a la realidad, como pueden comprobar al cabo de algún tiempo de haber efectuado la adopción. Tal

fenómeno se presenta con frecuencia en el caso de matrimonios sin hijos, una vez alcanzada cierta edad o cuando los móviles de la adopción han sido el deseo de no diferenciarse de los demás matrimonios con hijos y, sobre todo, para la mujer poder mostrar las mismas alegrías e idénticas inquietudes que sus amigas madres de familia. En otras ocasiones se trata, en vez de esta envidia un tanto pueril, de la adopción sólo deseada por uno de los cónyuges y a la que el otro accede por conformismo. Bien es la mujer la que siente que el matrimonio naufraga y busca otra persona en la que depositar su cariño, o un posible medio de retener al marido si éste llega a interesarse por el pequeño; en este caso, el padre adoptivo no desea la adopción, el niño viene a ser una especie de regalo a su mujer, tal vez compensación inconsciente de sus faltas conyugales. Más raramente la adopción es querida por el marido y meramente aceptada por la mujer, que, para evitar un posible conflicto, cree lo más cómodo acceder a ella. El desacuerdo, en ambos supuestos, estalla cuando uno de los cónyuges se revela a los ojos del otro como incapaz de querer o de educar al hijo, con mayor fuerza cuando ésta es la mujer. Todo lo cual nos prueba que la adhesión total e igual de ambos esposos a la decisión de adoptar es condición indispensable para una buena adopción.

Otros peligros pueden provenir de tratarse de esterilidad no aceptada de buen grado por la mujer, quien lleva a cabo la adopción impulsada por una especie de rencor contra su destino, planteándose entonces el problema en los siguientes términos: la madre adoptiva, ¿ha dominado su complejo y ha encontrado la tranquilidad, o se siente todavía presa de la angustia de ser inferior? Una vez haya logrado vencer ésta, la adopción tendrá resultados favorables, habiéndose llegado a comprobar numerosos casos de mujeres que adoptaron después de ocho, diez e incluso quince años de esterilidad y que concibieron después de verificada la adopción, lo que explica el ginecólogo norteamericano W. S. KROGER por la desaparición del proceso inhibitorio debido al optimismo provocado por la adopción (86).

Cuando la adopción es motivada por el deseo de llenar el vacío causado por la muerte del único hijo, es muy difícil que tenga éxito, a no ser que la primitiva tristeza haya sido reemplazada por un estado de serena resignación, gracias al cual el adoptado es realmente deseado como un nuevo hijo, sin relación ni comparación con el desaparecido.

Hay casos en los que el nacimiento de hijos después de la adopción va seguido de un proceso de desafecto hacia el adoptado, por el que éste viene a quedar en una situación familiar ambigua. A este respecto puede plantearse la conveniencia o no de la adopción por parte

(86) Vid. M. CREAK, "Psychiatric aspects of adoption", en *Journal of the medical womens federation*, 5-1-52, págs. 35-38; M. WOLFROM, "Psychisme et stérilité", en *Revue française de gynécologie et d'obstr.*, 8-5-53; M. P. MARMIER, *Sociologie de l'adoption*, París, 1969, págs. 195-204, estudia la relación entre la propensión a adoptar y la falta de fecundidad.

de un matrimonio con hijos, perfectamente posible en varios países como Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, así como en Cataluña y en nuestro Derecho común reciente si media dispensa del Jefe del Estado.

La adopción llevada a cabo por un matrimonio de edad avanzada suele dar malos resultados, fijando las estadísticas los cincuenta años como límite máximo para adoptar si se quiere asegurar el éxito, no obstante lo cual, varias legislaciones señalaban o señalan precisamente esa edad como la mínima para poder adoptar (v. gr.: Alemania, Bolivia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Mónaco y Perú). Basta tener en cuenta para ponerlas en cuarentena que tales adopciones suelen obedecer a móviles egoístas, generalmente el temor a la soledad.

S considera con razón que la adopción realizada por una sola persona entraña más riesgos que la verificada por un matrimonio. Hay muchas asociaciones extranjeras (p. ej., la National Children's Adoption Association, de Londres) que no aceptan a los célibes por padres adoptivos. Las estadísticas indican que la proporción de niños devueltos por los eventuales adoptantes, que es de 1,48 por 100 tratándose de un matrimonio, asciende a 4,21 por 100 si se trata de solteros, a 5,71 por 100 para los viudos y a 9,09 si el adoptante es divorciado. Las causas de estos desistimientos son a veces de orden material o económico (previsiones monetarias insuficientes), pero más frecuentemente obedecen a razones psicológicas (se estima que el adoptado tiene un temperamento demasiado difícil. En estos casos, la adopción realizada por un varón debe ser mirada con mayores prevenciones que la verificada por una mujer (87).

Hay, por último, personas a las que debería estarles prohibido adoptar, y de hecho así resulta, al no autorizarse judicialmente esas adopciones a las que padecen cierto desequilibrio mental, tendencias alcohólicas o psicosis diversas, sin llegar a la incapacidad; a aquellas cuyo móvil es el interés (v. gr.: proporcionarse brazos para el trabajo gratis), y a las que se forman una imagen por anticipado muy precisa de cómo deberá ser el adoptado, así como a las que muestren de modo patente su falta de capacidad educadora.

Entre los riesgos procedentes de los adoptados se encuentran, en primer lugar, los provenientes de su falta de salud, bien se trate de enfermedades de origen nervioso, como la epilepsia, o sensoriales (miopía, dificultades auditivas), bien sean deficiencias intelectuales en relación al medio ambiente de la familia adoptiva; es decir, que no se trata de que el adoptado sea un retrasado mental (por no hablar de otros estados más penosos), sino simplemente de que su coeficiente intelectual no corresponde a las esperanzas que en él habían depositado los adoptantes, quienes suelen plantear la cuestión en los siguientes o

(87) A. LEAHY, "Some characteristics of the adoptive parents", en *The American Journal of Sociology*, vol. 38, núm. 4, enero 1933, págs. 548-63.

parecidos términos: —Como no tenemos obligación de adoptar, si libremente lo hacemos es preciso que nuestro hijo adoptivo nos sea debidamente seleccionado, para que corresponda a todo lo que esperamos de él, y si esto no sucede, no lo queremos. Unida a esta manera de razonar se presentan las prevenciones contra las enfermedades hereditarias (—¡Vaya usted a saber quiénes serían sus padres!), que llevan a atribuir este carácter a las que no lo tienen, e incluso son consecuencia de falta de los cuidados adecuados por los mismos adoptantes. Y es que hay en la herencia un doble aspecto, digno de tenerse en cuenta para no ser inducido a error: lo que hay de verdad en ello hasta el punto de comprobación científica y la imagen o creencia de los adoptantes, correspondiente a lo que el vulgo cree, quienes buscan así una fácil manera de justificar su fracaso. La experiencia ha demostrado también que muchos padres, no sólo los adoptivos, agravan la situación intelectual o la salud mental de sus hijos desconociendo su capacidad limitada, a menudo en relación con la edad, exigiéndoles esfuerzos superiores a los que corresponden a su desarrollo intelectual, que no siempre guarda exacta conformidad con el desarrollo físico. La importancia de estas cuestiones consiste en que muchas legislaciones, en su mayoría anglosajonas, las consideran como causas idóneas para solicitar la extinción de la adopción (88).

¿Cómo evitar los riesgos a los que nos hemos referido? El medio no puede ser otro que a través del estudio de cada caso realizado por un personal especializado y, por lo mismo, competente. Lo que se impone también en aquellos países donde el número de personas deseadas de adoptar es muy superior al de posibles adoptados, pues dicho estudio permite la necesaria selección. ¿De qué modo se realiza ese estudio? Según el informe emitido por el Centro de Protección a la Infancia, de París, los servicios públicos procedieron a realizar en 1951 una encuesta cerca de los alcaldes, párrocos, etc., de las sucesivas residencias ocupadas por los solicitantes. Pero semejantes informes, que pueden dar buenos resultados en los medios rurales y en pequeños núcleos urbanos, son difíciles y de incierto valor en las grandes poblaciones. En este caso, el medio más comúnmente empleado consiste en mantener contacto durante un período prudencial de tiempo con los

(88) En algunos Estados americanos, como Minnesota, Missouri y Utah, prevén la extinción de la adopción durante los cinco primeros años en casos de epilepsia o demencia del adoptado o padece idiotez o enfermedad venérea cuyos orígenes aparezcan ser anteriores a la adopción. En parecidos términos las legislaciones irlandesas (Ley de 11 de febrero de 1953, art. 16), sueca y noruega (Ley de 21 de diciembre de 1956, art. 23). Puede verse: M. BAUGNIET, "Quelques aspects de l'adoption aux Etats-Unis", en *Le service social*, año XXX, número 3, 1952, págs. 97-115; J. ALLIEZ et T. JAUR, "Incidences médicales et psychologiques de l'adoption à propos d'une série de cas difficiles", en *Sauvegarde de l'enfance*, mayo 1951, págs. 366-378; el profesor HEUYER y sus colaboradores se han ocupado también de estos problemas: G. HEUYER, P. DESCLAUX et J. TESSEYRE, "Etude de 138 cas de situations difficiles au cours de l'adoption", en *Sauvegarde*, cit., mayo 1951, págs. 347-366.

candidatos a adoptantes, relación que se efectúa por funcionarios especializados, buenos conocedores de los problemas planteados y la manera de resolverlos, capaces de inspirar confianza a los observados, porque es evidente que la familia adoptante no se confiará de buen grado y espontáneamente a un magistrado. Estos funcionarios especializados están constituidos en varios países (Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Suiza) por los *probations officers* o «asistentes sociales» en materia de adopción, quienes, según el comunicado de la Organización Mundial de la Salud de 2 de diciembre de 1953, deberán estar perfectamente enterados no sólo de la legislación y del procedimiento aplicables, sino también del desarrollo normal del adoptando, de los problemas que plantea su adopción y de los métodos aplicables para asegurar la máxima eficacia y los óptimos resultados de la adopción. Otro de los medios empleados con éxito consiste en celebrar una serie de reuniones entre los eventuales adoptantes y personas que han adoptado hace no mucho tiempo, generalmente de seis meses a un año, a fin de que, dirigidos por un especialista en estas cuestiones, aborden los principales problemas y puedan darse aquéllos perfecta cuenta de cómo su caso no es «único» y pueden superarse las dificultades (89). Siguiendo este sistema se creó en París, hace unos quince años, la *Association Familiale Nationale des Foyers Adoptifs*, para confrontar las mutuas experiencias sobre las formalidades administrativas, el delicado problema de la revelación al adoptado de su condición de tal, el comportamiento del niño y su educación.

El método conocido con el nombre de «adopción dirigida» parte de la base, confirmada por la experiencia, de que existe una cierta correlación entre el medio ambiente en que vive el adoptante (profesión, gustos, nivel económico...) y aquel en que se han desenvuelto los padres del adoptado (cuando son conocidos, claro está), de tal modo que tanto más se asegurará el éxito de una adopción cuanto más se aproximen ambos. Entre estos factores correlativos ocupa un lugar destacado la religión, que ha llegado a plantear serios problemas en los Estados Unidos con motivo de las adopciones de niños europeos por súbditos norteamericanos que pertenecían a diferentes credos religiosos.

En los países anglosajones existe un período de prueba —*probation period*—, cuya duración oscila de tres meses a un año, entre la adopción provisional (entrega del adoptando a los adoptantes) y la elevación de la adopción a definitiva, una vez se ha superado con éxito dicho período probatorio, que guarda relación con la edad del adoptando. La discusión que tuvo lugar respecto a la adopción en la Cámara

(89) Vid el *Journal des oeuvres de l'enfance*, junio 1953, núm. 71, páginas 1-14: "Process of supervision in adoption placements. A report of the interagency discussion group of New-York City", en *Child Welfare*, vol. XXI, noviembre 1952, págs. 8-14; BAUGNIET, obra citada nota anterior.

de los Comunes en 1949 versó principalmente sobre una moción presentada en el sentido de que cuanto mayor sea el adoptando, tanto más es preciso esperar antes de consagrar legalmente la adopción; es decir, la duración del período de prueba está en proporción directa a la edad del adoptando.

El Ministerio de la Gobernación español aprobó el 31 de octubre de 1969 los estatutos de la Asociación española para la protección de la adopción, que, con sede en el número 46 de la calle de Cea Bermúdez, de Madrid, tiene por fin primordial asesorar a los candidatos a adoptantes.

E. *En especial, el secreto de la adopción y la revelación al adoptado de su condición de tal*

Por su importancia, dedicamos un apartado a estas dos cuestiones, que guardan estrecha relación. Una consideración primaria podría llegar a concluir que si se demuestra conveniente la revelación al hijo adoptivo de su cualidad de tal, no merece la pena guardar secreta la adopción, y las precauciones legales tendentes a ello carecerían, en realidad, de sentido. Nada más falso, sin embargo, que semejante punto de vista, porque el secreto de la adopción no mira directamente al adoptado, sino más bien a la familia por la sangre del adoptado, y se establece principalmente para evitar intromisiones e incluso posibles chantajes de la familia por la sangre a la adoptiva; mientras que la revelación de la adopción no supone su difusión clara y abierta, sino sencillamente no mantener al hijo adoptivo en un engaño perpetuo respecto a su filiación. Bien entendidos, se trata de dos aspectos perfectamente compatibles, en los que, además, el criterio general puede ser diverso. Así, la regla general debe ser la de mantener en todo lo posible el secreto de la adopción, arbitrando los oportunos medios legales y vedando el acceso a la información que permitiría publicar la adopción, salvo casos de interés acreditado. Pero como este interés legítimo puede darse, de ahí que, con criterio ecuaníme, no sea posible mantener a ultranza el secreto legal de la adopción, llevándolo a sus últimas consecuencias y privando a los interesados de la pertinente prueba. En cambio, respecto a la revelación de su condición al adoptado por los adoptantes, la ley no tiene por qué tomar partido; es una cuestión que atañe a la intimidad familiar y en la que, por tanto, los únicos jueces son los propios adoptantes. Pero la implicación de ambas cuestiones se produce en los casos límite y cuando, para evitarse inquietudes, los adoptantes o quienes defienden sentimentalmente esta postura parten de la preconcebida opinión, carente de sólida base, de que nunca debe revelarse al hijo adoptivo su adopción, y para mantener ese «nunca» llegan a postular que se impida por todos los medios legales que el

adoptado pueda llegar a enterarse de que no es hijo carnal de los adoptantes (90).

Las legislaciones, al establecer el secreto de la adopción, tratan de evitar los riesgos procedentes de los padres por naturaleza del adoptado. A pesar de todas las previsiones legales, hay casos en que, ya sea debido a la edad del adoptado, ya a la intervención de terceros, que obrando incluso de buena fe suministran a los padres por la sangre datos suficientes para localizar a los adoptantes. Como nada asegura que el secreto de la adopción pueda ser rigurosamente mantenido, de destruirse los antecedentes legales se privaría al adoptado del derecho fundamental que tiene toda persona a enterarse de su filiación originaria, dando así pábulo al engaño y a que su origen pudiera hacerse aparecer como peor del que realmente es, aparte de que el estado de incertidumbre que se alentaría en tales circunstancias es el que predispone a las más adversas consecuencias, constituyendo en ocasiones un verdadero tormento. En estas condiciones, y si no se rompe la ambigua situación con la verdad probada por un medio objetivo —las actas del Registro civil, en primer lugar—, es fácil encontrarse con extorsiones de los padres por la sangre o con la intervención de la madre, que lamenta tardíamente el abandono de su hijo y no se resigna a perderlo. Dentro de la primera categoría de hechos (móviles interesados) se citan los casos de un padre que, habiéndose procurado la dirección del adoptante, le amenaza con la revelación a fin de obtener dinero, y aquel otro que, sabedor de que su hijo había sido adoptado por una familia acomodada, le espera a la salida del colegio, le revela la triste situación por la que atraviesa mientras que él —su hijo— goza de bienestar y le coacciona para que pida dinero a su adoptante a fin de entregárselo, y, caso de que le sea rehusado, lo robe. En el orden de motivos no interesados se refiere el caso de una madre que se las ingenia para observar a su hijo a las salidas de su domicilio y de las clases, simplemente para contemplarle, pero no cabe duda que algún día no podrá menos de hablarle y de intervenir en la familia adoptiva (91). Todos los autores están de acuerdo en que es preciso hacer imposibles o, al menos, obstaculizar al máximo semejantes eventualidades mediante las barreras legales y administrativas de un secreto eficaz, sin que para ello sea absolutamente necesario llegar a los extremos de las le-

(90) Sobre esta interesante cuestión pueden verse los números del diario *A B C* correspondientes a los días 18 y 25 de mayo y 1.º y 8 de junio de 1969, páginas 43, 49, 51 y 53, respectivamente. Como resultado de la encuesta, al parecer epistolar, realizada a través de la sección de dicho periódico, el 95 por 100 de los padres adoptantes se muestran partidarios de la destrucción de los documentos y el 5 por 100 restante se inclinan por su conservación al entender que los adoptados deben conocer la verdad. La opinión de los técnicos en la materia, como los señores ARCE y GUIJARRO, es 100 por 100 a favor de la verdad y de la conservación de los antecedentes documentales.

(91) HEUYER y colaboradores, obra citada en nota 88.

gislaciones chilena o uruguaya (92). En suma, los numerosos casos prácticos expuestos por autoridades mundiales en la materia demuestran los resultados favorables de las revelaciones precoces y los peligros de las tardías, que suelen venir impuestas por la necesidad, y a veces brutalmente. Para semejantes casos no puede mantenerse a ultranza una situación que se ha convertido en dudosa, como tampoco en los supuestos razonables. Por ello merece juicio favorable nuestra legislación cuando, previniendo este punto, nos dice ya la exposición de motivos de la Ley de 24 de abril de 1958, en su número 2.º, apartado XV: «El arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de la adopción plena es, sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva.» La frase subrayada demuestra claramente cuál es el fin del secreto, según habíamos dicho al principio. Secreto que debe ser mantenido, pues su razón no cesa, aunque se revele al adoptado su condición de tal. Una vez que éste haya alcanzado su mayoría podrá decidir, como cuestión que íntimamente le atañe, si le interesa apurar su conocimiento hasta saber quiénes fueron sus padres por naturaleza, en el caso de que sea posible. En atención a estas razones, el antiguo artículo 178, párrafo final, del Código civil establecía: «El Registro civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el juez de primera instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad.» Disposición que ha sido reemplazada por esta otra: «El

(92) Con motivo de la Ley chilena de 8 de octubre de 1965 sobre legitimación adoptiva y de acuerdo con el informe fiscal, el Tribunal de Apelaciones de Santiago resolvió en 4 de mayo de 1966 que "todos aquellos antecedentes que admitan destrucción deben ser deshechos materialmente, y los que no puedan destrozarse habría que inutilizarlos en tal forma que no se trasluzca vestigio de lo que allí hubo o existió (vid. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, "La Ley chilena de legitimación adoptiva", separata de la *Rev. Dr. esp. y amer.*, núm. 15, enero-marzo 1967, pág. 11, núm. 30). Ya antes la Ley uruguaya de 20 de noviembre de 1945, modificada por la de 26 de diciembre de 1957, que estableció la legitimación adoptiva, permitió la inscripción del adoptado en el Registro civil como hijo legítimo del adoptante y para el caso de que éste desee adoptar a dos o más menores al mismo tiempo, sin que entre sus edades exista la diferencia de ciento ochenta días al menos, se autoriza al juez para que modifique las fechas de sus respectivos nacimientos para ponerlas acordes con ese plazo mínimo, a fin de que no pueda desprenderse que el hijo no ha sido fruto del matrimonio. La ley autoriza así una verdadera falsificación de las actas del Registro civil.

Registro civil no publicará, a partir de la adopción, dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Fuera de los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro civil, no podrá expedirse certificación literal» (art. 175, párr. final). Y ello porque «ha parecido mejor, en lugar de regular el derecho a la expedición de certificaciones literales, remitirse a las disposiciones del Registro civil, el cual, sobre todo a raíz de su última reforma, refleja un criterio muy restrictivo, con determinación taxativa de supuestos, entre los cuales se contempla el de la adopción en términos más limitados que los establecidos por la Ley de 24 de abril de 1958 en el Código civil», dice la exposición de motivos de la nueva Ley. Ahora es interesante contemplar ésta en una visión de conjunto, destacando las principales novedades respecto a la regulación anterior y estableciendo las bases para una inicial valoración de las mismas.

F. *Principios que inspiran la reforma y principales novedades de la misma*

La directriz o principio general que inspira la reforma es facilitar y robustecer el vínculo adoptivo, conforme a la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados, según pone de relieve la exposición de motivos. Es posible que en esta fundamental toma de posición el legislador haya ido demasiado lejos, al no discriminar, como hubiera sido deseable, la adopción de mayores y de menores de edad, pues parecen excesivos los efectos (v. gr.: sucesorios, sobre todo en caso de sucesión intestada, a tenor del art. 180, párr. 3.º, del C. c.) que produce la adopción realizada entre dos personas adultas, cada una de las cuales tiene su porvenir resuelto, y la general equiparación del adoptado en este caso al hijo legítimo (art. 176, párr. 1.º, del C. c.). Si bien hay que señalar a favor de la Ley cómo ésta restringió el sentido y los términos mucho más amplios del proyecto.

Las principales interesantes modificaciones que ofrece la actual regulación respecto a la anterior atañen al empleo, en ocasiones, de una técnica más depurada, nueva calificación de las clases de adopción, expresa admisión de la posibilidad de transformar la adopción simple en plena, disminución de las edades exigidas para adoptar, supresión de prohibiciones, personas que pueden adoptar y ser adoptadas plenamente, nueva consideración y valoración del abandono, reforzamiento del secreto de la adopción, inicial equiparación del adoptado al hijo legítimo, derecho de reversión o retorno sucesorio en la adopción plena y desaparición del pacto sucesario, incluso con efecto retroactivo potestativo.

1. *Empleo, en ocasiones, de una técnica más depurada.*—Sorprende agradablemente cierto cuidado en la forma de expresión, así como la

mejor técnica en la redacción de los preceptos y su colocación sistemática, abordando los requisitos y presupuestos antes que los efectos (siendo así que los anteriores artículos 174 y 175 trataban de los efectos, mientras que los artículos 176 y 177 se referían a los requisitos), al propio tiempo que matiza la intervención de los interesados (consentimiento, asentimiento, audiencia) y considera la adopción como un acto complejo que, según el preámbulo, «requiere indispensablemente el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de escritura pública, todo ello con igual valor constitutivo». De modo que la actividad judicial no queda reducida a una función de control, sino que alcanza valor constitutivo, si bien no por sí sola, sino en unión de la escritura pública. De esta suerte, puede considerarse la intervención judicial como la primera fase de la adopción, que se perfecciona por el otorgamiento de la escritura. Precisamente para destacar la preponderancia de ésta se ha suprimido la frase «expresando en ella —la escritura— las condiciones con que *se haya hecho*» (antiguo art. 177 del C. c.), que podría inducir al error de calificar la actividad notarial como meramente certificadora o de fijación. Lejos de ello, como la adopción no existe hasta el otorgamiento de la escritura, quiere decirse que la intervención judicial no perfecciona, por sí sola, la adopción: el juez «da vía libre» a la adopción, pero las partes pueden no utilizar este camino expedito y desistir de la adopción mientras no hayan otorgado la escritura, no concurriendo a ésta. La irrevocabilidad de la adopción sólo comienza desde y por la escritura pública, que, a su vez, requiere la previa autorización judicial de modo absolutamente necesario. En cambio, parece algo aventurada la pretensión consistente en deducir alguna consecuencia definitivamente concluyente del cambio de la expresión «autorización» judicial y sus derivados (que figuraba en los arts. 173 y 175 del proyecto) por la de «aprobación» (que emplean los mismos preceptos de la Ley), siendo así que el párrafo décimo de la exposición de motivos de la Ley mantiene el antiguo término.

2. *Nueva terminología de las dos clases de adopción.*—Se mantiene la existencia de dos clases de adopción, que constituyen objeto, respectivamente, de las secciones segunda y tercera, dedicando la sección primera a las disposiciones comunes a ambas; ahora bien, el término *menos plena*, de antecedentes justinianeos, se ha sustituido por el de *simple*, quizá a imitación de la Ley francesa de 1966, en razón, según el preámbulo, a que el anterior término, «aunque gramaticalmente correcto, parece denotar una adopción de entidad escasa y movía a verla

(93) Vid. Cl. LAUNAY et Mme. SCHALOW, "Doit-on révéler à l'enfant adopté le secret de sa naissance?", en *Sauvegarde de l'enfance*, núm. 5, mayo 1951, páginas 379-389; HEUYER y colaboradores, *ob. cit.*, nota 88, y "Considerations sur des échecs d'adoption d'enfants", en *Annales de Médecine légale*, núm. 1, enero-febrero 1949, págs. 16-21, cuestión de la que se ocupó el XXIV Congreso internacional de esta especialidad.

con recelo». Así decía el párrafo primero del artículo 172 del proyecto que «la ley reconoce dos clases de adopción: la plena y la simple». Parece impropio el verbo *reconocer*, posible reminiscencia del artículo 42, pues no se trata de algo que exista previamente a la disposición legal civil, por la naturaleza de las cosas o en virtud de lo dispuesto por otra legislación a la que el Estado concede validez, sino que la propia norma crea la figura legal que regula. Quizá por ello, con mejor criterio, la Ley expresa: «La adopción puede ser plena y simple.»

Es posible que hubiera sido preferible comenzar por distinguir netamente la adopción de menores y mayores de edad (dejando ésta en los catorce años), subdividiendo luego aquélla en plena y simple; con lo que se hubieran evitado los excesivos efectos atribuidos a la adopción de los últimos, según antes se dijo, aun atenuados por la ley. Por otra parte, dado lo insatisfactorio del término «adopción simple», como reconoce el párrafo quinto de la exposición de motivos de la Ley, es posible que hubiera sido conveniente resucitar el antiguo término de «prohijamiento», tan castizamente español, cuya acepción administrativa puede afirmarse está en franco desuso, y dotarle de significado civil para designar la adopción simple.

3. *Posibilidad expresa de transformar la adopción simple en plena.*—Se establece por el artículo 172, párrafo segundo: «La adopción simple se podrá convertir en plena si concurren los requisitos exigidos para ésta.» Resulta así acogida expresamente la solución que propugnaba la doctrina bajo la legislación precedente (94), en aras del superior interés del adoptado, y que aceptó la práctica conforme a algún precedente legislativo extranjero (95).

(94) Pueden verse los argumentos en pro de la posibilidad hoy reconocida legislativamente expuestos en mi artículo "Algunas consideraciones críticas sobre la adopción. II. El adoptado", A. D. C., 1968, págs. 395-397.

(95) Ya el artículo 103 del Decreto-Ley francés de 29 de julio de 1939 había establecido que "durante el plazo de un año, a partir de la fecha de publicación del presente Decreto-Ley, las disposiciones relativas a la legitimación adoptiva pueden ser extendidas a los niños adoptados anteriormente a esta fecha si los requisitos exigidos por el nuevo artículo 368 del Código civil se encuentran cumplidos a la vez en el momento de la adopción y en el de interponer la solicitud de legitimación adoptiva. No obstante, por dispensa del requisito de edad impuesto al adoptado, puede serle concedida la legitimación si no ha cumplido dieciséis años el día de la publicación de la presente disposición. La legitimación acordada carece de efecto retroactivo". Por su parte, la jurisprudencia francesa ha establecido que quienes reúnan a la vez los requisitos exigidos para la adopción y para la legitimación adoptiva, deben escoger entre ambas instituciones y no pueden recurrir a ellas sucesivamente (Sentencia de 3 de enero de 1947), deduciéndose, a *sensu contrario*, que los esposos pueden beneficiar con la legitimación adoptiva al anteriormente adoptado por uno de ellos, si no reúnan en el momento de la adopción todos los requisitos exigidos por los artículos 368 y siguientes del Código civil. En este último sentido se ha manifestado el Tribunal civil del Sena de manera constante.

La aplicación de esta posibilidad plantea las siguientes cuestiones:

1.^a Si la conversión es posible aunque al verificarse la adopción simple concurriesen ya los requisitos para haber podido adoptar plenamente, o bien si sólo es posible cuando al celebrar la adopción simple no era posible haber efectuado la plena por falta de los requisitos necesarios.

En el primer caso podría utilizarse la adopción simple como una especie de prueba antes de reforzar los vínculos adoptivos plenamente, de modo parecido al *probation period* anglosajón.

2.^a Si la concurrencia de los requisitos ha de referirse —y ello con independencia de si las partes no pudieron o no quisieron celebrar la adopción plena— al momento en que tuvo lugar la primera adopción simple, aunque luego hayan desaparecido, o sólo al tiempo en que se pretende adoptar plenamente, o bien a ambos momentos.

La solución más favorable al adoptado conduciría a permitir la conversión tanto si las partes no pudieron como si, pudiendo, no quisieron celebrar la adopción plena, y lo mismo cuando los requisitos para ésta existían inicialmente, desapareciendo luego, como en el caso de existir sólo al pretender adoptar plenamente, esto es, en el momento de la conversión. Pero de la exposición de motivos parece desprenderse que sólo será posible la conversión cuando no pudo celebrarse la adopción plena, sino sólo la simple, debiendo existir, por tanto, los requisitos propios de la adopción plena en el momento de la conversión: «De esta manera —puede leerse— la adopción simple viene a cubrir una etapa en la que no es posible constituir la plena por faltar los requisitos específicos, advenidos los cuales podrán conducir, sin solución de continuidad, a la adopción plena.» Ahora bien: como uno de estos requisitos es que la adopción entrañe ventajas para el adoptado, cuya apreciación se deja al buen criterio del juez, puede éste opinar que, de momento, sólo es conveniente la adopción simple, y, haciéndolo constar así, dejar abierta la posibilidad de una ulterior adopción plena.

4. *Disminución en las edades exigidas para adoptar.*—Se rebaja la edad del adoptante de treinta y cinco a treinta años, refiriéndola, además, a cualquiera de los cónyuges en la adopción hecha por ambos, siempre que, en todo caso, el adoptante tenga dieciséis años más que el adoptado, diferencia de edades que ha sustituido a la anterior de dieciocho años: «La adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles y tenga treinta años cumplidos. En la adopción por marido y mujer basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante o uno de los cónyuges adoptantes habrá de tener, por lo menos, dieciséis años más que el adoptado» (art. 172, párr. 3.º, del C. c.). «Los propios hijos natura-

les reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior» (*Ibid.*, párr. 4.º).

Esta modificación «refleja el propósito de facilitar el acceso a la institución», en solución «acorde con el Derecho comparado, justificada también por la mayor facilidad con que hoy se anticipa si se carece de posibilidades de descendencia». Respecto a la exigencia de los treinta años en uno sólo de los cónyuges cuando adopten ambos, se corresponde a la comunidad de intereses e identidad de fin del matrimonio». En este caso parece que el beneficio podrá aplicarse tanto a la adopción simultánea como a la realizada sucesivamente por uno de los cónyuges del hijo ya adoptado por el otro.

5. *Supresión de prohibiciones para adoptar*.—Afectaba en el proyecto a los clérigos y a quienes tenían determinados descendientes, permitiéndoles adoptar libremente o con dispensa del Jefe del Estado, según los casos. El artículo 172 del proyecto decía: «No pueden adoptar: 1.º, el que tenga descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, salvo dispensa del Jefe del Estado. No obstante, se permite siempre la adopción de los propios hijos naturales reconocidos; 2.º, el tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela; 3.º, uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona.»

Si se compara esta regulación con la del anterior artículo 173, se observa la supresión de la prohibición de adoptar impuesta a los eclesiásticos, lógica si se piensa que la ley civil no debe ir más allá de la propia ley canónica, y si el clérigo no puede adoptar por impedirsele su particular condición, tal prohibición canónica surtirá efectos civiles hoy en España, mientras que si la legislación eclesiástica no contiene tal prohibición, resulta extraño que la establezca la ley civil (96). La anuencia de adoptar a quienes tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, previa dispensa del Jefe del Estado, que no se precisa cuando el adoptado sea el propio hijo natural reconocido del adoptante, es una fórmula que, «aparte de aproximar el Derecho común al catalán, en el que, a tenor de la Compilación especial de Derecho civil, no existe la llamada prohibición de descendientes, permite la adopción en determinados casos concretos cuando concurren circunstancias que aconsejen el apartamiento de la norma general» y obedece a la «dignificación de la filiación natural» y a que «ha parecido oportuno no privar al hijo natural propio de algo que puede redundar en su beneficio», según la exposición de motivos. Lástima que no se haya aprovechado la ocasión para unificar el Derecho patrio en esta materia, y, por otra parte, existían algunos reparos que poner a la atribución de la dispensa del Jefe del Estado. Puede suceder que, una vez

(96) Sobre el particular puede verse lo que digo en mi trabajo citado en la nota 94, págs. 404-407.

concedida, el juez no autorice la adopción, con la consecuencia de resultar estéril, o a la inversa, que el juez se predisponga favorablemente en virtud de la dispensa concedida, ya que parece deberá ser previa a la iniciación del expediente judicial. Si no fuera así, podría seguirse todo un procedimiento que a la postre resultase inútil. Por ello, la regulación detallada de esta dispensa deberá mirar a conseguir una coordinación con la intervención judicial. Además, como parece que la dispensa deberá concederse para adoptar a una persona determinada, no para adoptar *in genere*, su tramitación puede perjudicar al adoptando si acaba por denegarse, pues acaso le prive de otras oportunidades. Si no fuera así, es decir, si se admitía la dispensa para adoptar sin especificación del adoptado, quedaba por determinar la duración de su validez, ya que las circunstancias que aconsejaron concederla pueden variar con el tiempo. Por todo ello la ley ha modificado sustancialmente en este punto el proyecto. «De un lado, como reza el párrafo octavo de su exposición de motivos, mantiene la prohibición concerniente a las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio, y de otro, suprime la relativa a quienes tienen ya descendientes. Esta última aproxima el Derecho común al catalán, en el que, a tenor de la Compilación especial de Dercho civil, no existe la llamada prohibición de descendientes.» Dice así el párrafo cuarto del artículo 172 de la Ley: «No pueden adoptar: 1.º, las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio; 2.º, el tutor respecto de su pupilo antes de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela; 3.º, uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación. Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado simultáneamente por más de una persona.»

Esta disposición se completa, en cuanto al adoptante con hijos, cualquiera que sea su clase, por el párrafo quinto del artículo 173, que atribuye al juez la valoración especial, en orden a la conveniencia de la adopción para el adoptado, acerca de la trascendencia de esa circunstancia. Parece, pues, que la modificación legal ha de ser estimada favorablemente y es mucho más aceptable que la contenida por el proyecto.

6. *Matizaciones en la intervención de los interesados.*—Dentro de la mejora técnica ya aludida debe incluirse la distinción y diverso tratamiento según sean los interesados en la adopción, distinguiendo:

1.º Consentimiento básico que el juez no puede suplir: el prestado por el adoptante y el adoptando mayor de catorce años.

2.º Consentimiento, más bien asentimiento («si bien la falta en el Código civil de una acepción de la palabra en ese significado específico ha aconsejado prescindir de su empleo», según el preámbulo), que puede ser suplido por el juez resolviendo lo más favorable para el adoptado cuando el llamado a darlo no puede ser citado o no comparece: el

de los cónyuges del adoptante y adoptando, el padre y la madre legítimos o naturales de éste si es menor de edad y el tutor con autorización del consejo de familia si la tutela estuviere constituida.

3.º Personas que sólo deben ser oídas y *sin* e incluso *contra* cuyo parecer el juez puede autorizar la adopción: el adoptando menor de catorce años si tuviere suficiente juicio, el padre o la madre a quienes se hubiese privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y la persona que estuviese ejerciendo —de hecho— la guarda del adoptado (se admite, de pasada, la tutela de hecho) y, cuando se trate de huérfanos, los abuelos de la línea del padre o de la madre premuertos. Así resulta del artículo 173 actual, el cual incurre en la incongruencia, que deberá subsanar el buen criterio del juez, de que una mujer casada civilmente menor de catorce años no sería llamada a consentir su propia adopción y sí, en cambio, la de su marido. Por otra parte, se echa a faltar una puesta al día de las normas sobre procedimiento de la adopción contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil.

7. *Nueva consideración y valoración del abandono.*—En lugar de referirlo a la adopción plena, como un requisito de la misma, según hacía el antiguo artículo 178, párrafo segundo, del Código civil, se trata en la sección primera, dedicada a las disposiciones generales, sin referirse a los expósitos con tal denominación y declarando competentes para apreciar y poner de manifiesto esa situación al juez competente para conocer el expediente de adopción, en lugar de a la Administración del establecimiento benéfico en que esté acogido el abandonado o al Tribunal Tutelar de Menores en los demás casos, como establecía el Proyecto. Dice el artículo 174: «En la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres, si fueren conocidos o se presentaren. Se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que éste se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La entrega del menor en una casa o establecimiento benéficos se considerará también como abandono en los siguientes casos: a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen si filiación. b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores. En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo. La situa-

ción de abandono será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de adopción.»

Es destacable la amplitud de esta situación, comprensiva de los siguientes tipos de abandono:

— *Abandono cualificado o punible*, castigado por el Código penal, que supone por parte del sujeto deseo de abandonar con dolo eventual de muerte o, al menos, pone en peligro la vida del menor.

— *Abandono simple o exposición*, que entraña el deseo e intención de abandonar, pero sin poner en peligro la vida del menor.

— *Abandono involuntario*, cuando no existe la intención de abandonar, sino que el abandono surge por causa de fuerza mayor (catástrofe, guerra).

— *Abandono indirecto*, cuando falta la intención inicial de abandono, surgiendo éste progresivamente por consecuencia de la ausencia de interés sobre el menor (por eso los franceses le llaman *désintéressement*) o por omisión del deber de información.

— *Abandono moral* o situación en que se encuentran los menores cuyos padres han sido privados definitivamente del ejercicio de la patria potestad, sin ser reemplazados por otra persona.

Esta misma amplitud se mantiene para los entregados en establecimientos benéficos, en las típicas situaciones del abandono simple y del indirecto. La exigencia del plazo de seis meses vendrá a actuar como límite mínimo, reduciendo el excesivamente largo de hasta tres años que suelen establecer los reglamentos de tales instituciones benéficas (97).

8. *Reforzamiento del secreto de la adopción*.—Se refuerza el secreto de la adopción dando carácter general, esto es, extendiendo a ambas clases de adopción (mientras que anteriormente sólo se refería a la adopción plena la disposición del art. 178, párrafo final, del C. c.) la no publicación por el Registro civil de dato alguno que revele el origen del adoptado ni su condición de tal. Y para permitir la expedición de certificación literal se remite a los casos taxativamente establecidos en la legislación del Registro civil, en vez de establecer una disposición especial (véase actual artículo 175, párr. 2.º, del C. c.).

(97) Acerca del abandono en la adopción: J. ARCE y FLÓREZ VALDÉS, "En torno a los conceptos de *abandonado* y *expósito* como sujetos de la adopción", en *R. G. L. J.*, tomo LV, núm. 3, septiembre 1967, págs. 323-343; ID., *La adopción de expósitos y abandonados. Guía práctica y formularios*, Oviedo, 1968; O. SALTOR, "La adopción de expósitos", *Rev. Jca. de Cataluña*, enero-febrero 1954, págs. 89-90; M. P. MARMIER, *Sociologie de l'adoption*, París, 1969, páginas 127-146 y 230-264; F. CASTRO LUCINI, "Algunas consideraciones críticas sobre la adopción. II. El adoptado", *A. D. C.*, 1968, págs. 381-391.

9. *Inicial equiparación del hijo adoptivo al legítimo.*—Se formula en estos términos generales, aplicables tanto a la adopción plena como a la simple: «En todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo» (art. 176, párr. 1.º, del C. c.).

La equiparación es tanto en el aspecto activo (derechos) como en el pasivo (deberes), y parece que, a su vez, tendrá por consecuencia que el adoptante venga parangonado al padre legítimo, lo que puede resultar excesivo, según se dijo, en la adopción de adultos.

Las excepciones hacen referencia a la salvaguardia de los preferentes derechos de los hijos legítimos, en caso de concurrencia, y a los iguales derechos de los hijos naturales reconocidos en el mismo supuesto (v. gr.: en materia sucesoria), así como a lo establecido por normas especiales (p. ej.: sucesión en títulos nobiliarios, en arrendamientos, plusones, subsidios familiares, etc.).

10. *Derecho de reversión o retorno sucesorio.*—Se establecía por el Proyecto a favor de los parientes por naturaleza del adoptado pleno en los siguientes términos: «Los parientes por naturaleza no ostentarán derechos por ministerio de la ley en la herencia del adoptado. Sin embargo, en caso de morir éste intestado y sin descendencia, dejando bienes o derechos adquiridos a título lucrativo de sus parientes por naturaleza, le sucederán en ellos estos parientes según las reglas de la sucesión intestada» (art. 179, párrafo final).

Este precepto, que cuenta con algún precedente en legislaciones extranjeras (98), dejaba sin aclarar algunas cuestiones, entre ellas la de si cada pariente sucede precisa y preferentemente en los bienes que de él recibió gratuitamente el adoptado —y en lugar de aquél sus herederos parientes de éste—, excluyendo a los demás aunque fuesen preferentes en grado o línea (v. gr.: el hermano del adoptado recobraría tales bienes donados y no sucedería en ellos el padre por naturaleza), o si, por el contrario, se hacía una masa común con todos los bienes que el adoptado pleno haya recibido gratuitamente de sus parientes por naturaleza, distribuyéndose entre ellos (no precisamente y sólo de manera preferente entre los parientes donantes o los herederos de los causantes) según las reglas de la sucesión intestada (con lo que en el caso anterior el padre excluiría al hermano donante). La primera solución parecía la más lógica, y a ella es posible que se refiriese la exposición de motivos del Proyecto, cuando decía que «se impone el retorno de los bienes a su procedencia», entendiendo por ésta la procedencia personal. Pero entonces parece que estaría de más la referencia a las reglas de la sucesión intestada, aparte de que cabe interpretar esa procedencia como origen *familiar* de los bienes (que éstos vuelvan a la familia por naturaleza, no a la persona de quien los hubo el adoptado pleno). Por todo

(98) Así, el establecido por el artículo 397 del Código civil francés.

ello es digna de alabanza la simplificación legal, que remite simplemente al artículo 812 del Código civil (art. 179 párr. final).

11. *Personas que pueden adoptar y ser adoptadas plenamente.*—Aquí se contienen importantes novedades al permitirse expresamente la adopción plena por uno de los cónyuges del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido o adoptivo de su consorte, y que el padre o madre adopte plenamente al propio hijo natural reconocido, así como la posibilidad ya vista de transformar la adopción simple en plena. Por otro lado, se prescinde de la anterior exigencia de que el adoptado sea abandonado o expósito y, consiguientemente, del cumplimiento del plazo de los tres años en tal situación, y también del prohijamiento previo para los mayores de catorce años, que hoy resulta innecesario, habiéndose sustituido por la convivencia desde antes de alcanzar los catorce años, sin establecer plazo alguno (compárese el antiguo art. 178, párrafo 2.º, con el actual correlativo y se verá cómo el primero era mucho más restrictivo), o por la valoración judicial de los vínculos familiares o afectivos.

Quizá pudiera ponerse el reparo de atribuir siempre la preferencia en el ejercicio de la patria potestad al varón sobre la mujer, incluso cuando el marido adopte al hijo legítimo de su esposa (art. 176, párrafo 3.º).

12. *Desaparición del pacto sucesorio.*—La posibilidad de pactar acerca de la sucesión del adoptante a favor del adoptado en la escritura de adopción, conforme establecían los párrafos 3.º y 4.º del antiguo artículo 174, se ha esfumado con la nueva regulación, rigiendo el principio prohibitivo del artículo 1271, párrafo segundo. Esta desaparición aparece compensada con la superior entidad de los derechos sucesorios que la ley atribuye al adoptado y merece favorable acogida, ya que siempre el adoptante tiene a su disposición el testamento para llenar la misma finalidad y sin eventuales perjuicios. Lo que parecía excesiva era la disposición transitoria del Proyecto, a cuyo amparo esta desaparición puede alcanzar efecto retroactivo: «Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a las disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, quedando en tal caso sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado» (99).

Merecen una favorable acogida los esfuerzos legislativos por lograr la perfección de esta institución. Es de lamentar, sin embargo, que no se haya aprovechado la ocasión para simplificar el régimen legal por

(99) Por ello, la ley se expresa con mayor cautela: "Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado", dice la disposición transitoria que ha sustituido a la del proyecto.

completo (resulta mucho más complicada que antes la regulación de los derechos sucesorios del adoptado y del adoptante) y unificar el Derecho patrio en este punto. También debiera haberse tenido en cuenta que una cosa es la adopción de los menores de cierta edad, necesitados de amparo, respecto a los cuales debe reforzarse el vínculo adoptivo todo lo posible, y otra muy distinta la adopción de una persona adulta, cuyos efectos no tienen por qué ser potenciados de igual modo.

Realizada esta visión de conjunto, se estudia a continuación el régimen legal partiendo de las clases de adopción.

FRANCISCO CASTRO LUCINI
Notario de Segovia

La responsabilidad Precontractual

SUMARIO: I. *La relación precontractual:* 1. Concepto, determinación y elementos estructurales. Valoración integral del *iter* formativo del contrato. Tratos y oferta. 2. Formalización de las negociaciones preliminares. Aspectos y consecuencias. 3. Alcance general de la buena fe *in contrahendo*, como elemento subjetivo de la relación precontractual.—II. *Relación precontractual y promesa de contrato.*—III. *Negocios mortis causa, negocios familiares y relación precontractual. Promesa de matrimonio y negociaciones preliminares.*—IV. *Contratos susceptibles de negociaciones preliminares. Responsabilidad precontractual y donación.*—V. *Relevancia práctica del iter formativo del contrato y sus repercusiones en la disciplina de la responsabilidad precontractual.*—VI. *La buena fe in contrahendo. Alcance y contenido.*—VII. *La responsabilidad precontractual:* 1. Noción y fundamento. 2. Naturaleza jurídica. La obligación de indemnizar *in contrahendo*. 3. El interés resarcible. 4. Actos que engendran responsabilidad precontractual. Diversas hipótesis: A) Deber de comunicación o información. B) Deber de secreto. C) Deber de custodia y conservación. D) Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio. E) Por actos de auxiliares o del representante. F) Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato. G) Revocación de oferta. H) Supuestos varios. En particular, los gastos de la confianza.—VIII. *Configuración jurídica de la responsabilidad precontractual en el Ordenamiento español.*—IX. *Prescripción de la acción de rescimiento.*—X. *La carga de la prueba.*

I

LA RELACION PRECONTRACTUAL

1. CONCEPTO, DETERMINACIÓN Y ELEMENTOS ESTRUCTURALES. VALORACIÓN INTEGRAL DEL «ITER» FORMATIVO DEL CONTRATO. TRATOS Y OFERTA

No es frecuente en el tráfico económico de nuestros días que el contrato se genere instantáneamente. El consentimiento raras veces se forma en el acto. Más bien suele ser culminación de una serie de situaciones previas: conversaciones, tanteos, exploraciones, negociaciones

preliminares; en definitiva, el término o resultado de un *iter* lento y a menudo costoso. Como es sabido, los más importantes contratos en materia civil y mercantil (1), las más notables operaciones financieras y económicas, los negocios más complejos que implican gravosos vínculos contractuales, tienen a menudo prolongados y laboriosos períodos preparatorios en los que se discute, proyecta y se busca un entendimiento común. En definitiva, llegar al consentimiento que da vida al contrato y clausura la etapa preliminar.

Suele designarse esta fase formativa o de generación contractual con el nombre de *tratos*, *negociaciones* o *conversaciones preliminares* (así la Sentencia de 18 de enero de 1964), *trattative* en la terminología italiana, *Vertragsverhandlungen* en la alemana (2), *pourparlers* en la francesa.

A la hora de precisar la estructura de esta fase preliminar de negociaciones conducentes al concurso de la oferta y aceptación, la doctrina está de acuerdo, por lo general, en señalar unas características comunes delimitadoras. Se piensa que los tratos constituyen la materia prima para la elaboración del contrato (3), actividad dirigida a facilitar la conclusión del negocio, lo que no supone que deban tener forzosamente naturaleza polémica o que las partes deban adoptar posiciones antagónicas. Esto sucede normalmente, pero no necesariamente (4). En todo caso, los tratos ofrecen un contenido sociológico diverso: propuestas, contactos, negociaciones, puntos de vista comunicados, etc., integran el sustrato de esta fase preliminar con las miras puestas en el contrato diseñado. Nada vincula, porque sólo hay contrato cuando «una o va-

(1) Es decir, aquellos que ofrecen relevante interés económico, tienen un contenido complejo o exigen observar una forma solemne, lo que trae como consecuencia el hecho de que oferta y aceptación se van formando a través de actos separados cronológicamente. Se produce entonces, como pone de relieve MESSINEO, una actividad dirigida a elaborar el texto de un futuro contrato y, eventualmente, una conducta encaminada a estipularlo (cfr. *Il contratto in genere*, I, Milano, Giuffrè, 1968, pág. 297).

(2) A menudo se usa también la expresión *Vorverhandlungen* e incluso, desde la famosa obra de CLAUDE sobre las negociaciones preliminares, aparecida en Jena el año 1680, se hizo de uso común la denominación *Handlungsvorschläge*. Es corriente que se hable también de *culpa in contrahendo*, por influencia de IHERING, o *Verschulden beim Vertragsschluss*, para referirse a la responsabilidad en que incurre una parte contratante por no manifestar a la contraria aquellas circunstancias que serían fundamentales para decidirle o no a negociar (breve referencia al respecto en CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 2.^a ed., München, 1970, páginas 1175-1176).

(3) F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, pág. 173.

(4) Observación acertada de RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I. *Le fasi del procedimento*, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 57, pues debe pensarse que si bien en la base de todo contrato subyace normalmente un contraste de intereses—al menos intereses no coincidentes subjetivamente: piénsese en el contrato de sociedad—, la etapa preliminar con frecuencia se limita a preparar o esclarecer el contenido del futuro negocio. Y de momento, por tanto, está gestándose la situación conflictiva que se pacificará a través de las recíprocas concesiones que las partes se harán cuando emitan sus respectivas declaraciones de voluntad formativas del consentimiento.

rias personas consienten en obligarse» (art. 1254 del C. c.), y en el período de tratos o negociaciones previas se intenta únicamente llegar al consentimiento. Como ya señaló un tratadista del Derecho común, quien trata se limita a discutir y proyectar (5).

Los tratos se gestan muchas veces por conversaciones directas y personales entre los interesados, si bien frecuentemente se llevan a cabo entre personas lejanas, por medio de nuncio o de representante; a través de *órganos* si quien toma la iniciativa del contrato o quien se adhiera a la iniciativa ajena es un sujeto colectivo. Con frecuencia tienen lugar a través de un contrato de mediación o por auxiliares. Los tratos a menudo se prolongan y en el *intervallo temporis* se multiplican los gastos o inversiones de las partes que negocian. Lógico, por otra parte, pues que suponen inmadurez de una situación en sí misma prejurídica. Parece claro que durante la fase preliminar las partes actúan con libertad, pues su conducta se traduce en contactos, fijación de puntos de vista, remoción de obstáculos y determinación, en suma, de aquellos que pueden ser los elementos del futuro contrato (6). En los tratos falta una visión integral y definitiva de la relación jurídica contractual que se debate; solamente existen perspectivas incompletas, acuerdo, en todo caso, sobre aspectos parciales. De ahí que, como puso de relieve CARRARA, los tratadistas del Derecho común pensaron unánimemente que las negociaciones preliminares no vinculan, pues que las partes, desde el momento en que están tratando o dilucidando el futuro contenido negocial, no consienten sobre el objeto debatido (7). La doctrina moderna sostiene idéntica opinión, pues se recuerda que las conversaciones precontractuales suponen un *esquema hipotético* o programa transformable en contrato si desembocan en el concurso de propuesta y aceptación (8).

Se insiste en que la etapa precontractual es, ante todo, preparatoria, esencialmente destinada a remover obstáculos. Implica debate en torno al contenido del posible contrato, y esto supone aproximación de puntos de vista entre los eventuales contratantes, inicialmente distantes y opuestos. Están animados, recuerda CALUSI, por una voluntad de discutir y no necesariamente de contratar (9). Hay, pues, un ánimo de

(5) PACIONI cuando señalaba que el trato se distinguía del contrato no sólo porque es etapa previa que conduce al *cum-sentire*, sino porque *requirit... solam dispositionem ad contractum et discussionem (De locatione et conductione, Romae, 1677, cap. XXII, pág. 213, citado por CARRARA, La formazione dei contratti, Milano, 1915, pág. 3, núm. 4).*

(6) Al respecto, vid. N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, Torino Utet, 1966, pág. 207, "Giurisprudenza sistematica civile e commerciale diretta da W. Bigiavi".

(7) CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., pág. 8.

(8) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 298; antes en la voz *Contratto* (dir. civ.), separata de la "Enciclopedia del Diritto", Milano, Giuffrè, 1961, pág. 65.

(9) V. E. CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, "Riv. trim. Dir. e proc. civile", I, 1956, págs. 470 ss.

entenderse, de «tratar» —valga la redundancia—, no de crear un *iuris vinculum*. Las negociaciones preliminares suponen un diseño o proyecto de contrato; no hay en ellas voluntad de traducirlas en fuente de relaciones jurídicas obligatorias.

Como etapa preparatoria, su valor es *instrumental* y *programático*. Esto no supone, como cree RAVAZZONI, que sean únicamente fases o momentos del proceso formativo del contrato (10). Los actos preliminares contienen todo un programa en el que se integran intereses económicos, relaciones de buena fe, valores patrimoniales, etc. Lo que H. STOLL ha denominado *Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen* (11). Hay una *relación jurídica precontractual* que es menester configurar adecuadamente. Como toda relación jurídica, implica una conexión de situaciones en las que se desenvuelven los sujetos portadores de sus respectivos intereses, y a los que el ordenamiento jurídico impone deberes correlativos. En el denso entramado social hay determinados contactos humanos acotados por la normatividad jurídica (relación de Derecho), y en cuyo clima los sujetos relacionados imponen sus derechos, cumplen deberes jurídicos correlativos y se hallan afectados por limitaciones (12). La relación jurídica implica zonas de competencia donde la persona despliega sus titularidades y observa los deberes que para satisfacción de sus intereses establece la norma.

El criterio en tal sentido puede verse bien expresado por L. BAGOLINI (13). Diríamos entonces que la *relación jurídica precontractual* se

(10) RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pág. 54, quien considera que el tratamiento jurídico de la fase preliminar no tiene razón de ser desconectado del *iter* procedimental o formativo del contrato. Su relevancia debe ligarse a la consideración como pura etapa generadora del contrato. El problema se complica, con todo, cuando hay defraudación de la confianza o lesión de la buena fe, en cuyo caso lo decisivo no es la conexión de las negociaciones preliminares con el contrato proyectado, sino el quebrantamiento de lo que BETTI denomina "lealtad en las cosas" (*Teoría general de las Obligaciones*, I, traducción española por J. L. De los Mozos, Edit. Rev. Der. Privado, Madrid, 1969, página 88): v. gr., reticencias, inducción a errores, ocultación de vicios invalidantes y, en general, cualquier forma de comportamiento ilícito por no ajustarse a los postulados de eticidad imperantes en las relaciones sociales. Importa menos, por tanto, que tales relaciones sociales puedan transformarse en relaciones contractuales. Pero sí importa mucho tener en cuenta que las partes están obligadas, por el hecho de relacionarse, a evitar cualquier forma de deslealtad y, si quebrantan la *bona fides*, responden. (En tal sentido son acertadas las observaciones de Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Edit. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 189.)

(11) H. STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, "Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht", 17 (1923), págs. 532 y siguientes.

(12) Al respecto, interesantes observaciones en LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, § 18. II, pág. 216: *Die Elemente der Rechtsverhältnisse*.

(13) L. BAGOLINI, *Notas acerca de la relación jurídica*, "A. D. C.", I, 1950, páginas 7 ss

halla integrada por un elemento objetivo y otro subjetivo. Aparte del elemento normativo o disciplina jurídica que, según cada ordenamiento, regule la fase de negociaciones preliminares al contrato. El elemento objetivo lo constituyen el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Actividad o proceso que no es puramente fáctico, sino que forman lo que en la técnica germánica se denomina «contacto social» (14), instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio. No solamente hay proyectos, fijación de puntos importantes, discusiones prenegociables y, en general, todo un procedimiento dirigido a contratar. Hay también intereses económicos en juego, desembolsos, valores económicos comprometidos, aparte de la posible actuación ilícita en que alguna de las partes pueda incurrir. Lo que puede ser frecuente cuando se viola la lealtad que los principios del tráfico económico exigen a quienes se relacionan socialmente como situación previa a la constitución de un negocio jurídico. FAGGELLA señaló con éxito el elemento objetivo o *iter* formativo del contrato, y su estructuración continúa siendo válida. Este autor señaló tres momentos: 1.º Conversaciones y tratos conducentes a la elaboración de la oferta. 2.º Perfección y conformación definitiva de la misma. 3.º Momento dinámico de la oferta. Abarca esta fase todo lo que supone manifestación o expedición de la oferta desde el proponente al destinatario, y se concluye con el acuerdo de voluntades o consentimiento contractual (15).

Observemos que el elemento objetivo de la relación jurídica precontractual no se reduce tan sólo a los denominados tratos o conversaciones preliminares. Comporta toda una serie de actos, situaciones, proyectos, etc., encaminados a la conclusión del contrato. Todo lo que precede al «curso de la oferta y aceptación» (art. 1262 del C. c.). De ahí que no sea admisible esa opinión tan extendida, especialmente en España, que limita el problema de la responsabilidad *in contrahendo* al

(14) Así, HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als kostante Rahmenbeziehung*, "Arch. f. d. civ. Praxis", 130 (1929), págs. 294 ss.; DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 103, 1943, página 67; BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, Berlin und Frankfurt a. M., 1969, pág. 73; ENNECCERUS-LEHMAN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15 ed., I. Tübingen, 1958, págs. 191; en la doctrina suiza, vid. A. VON TUHR, *Schadenersatz bei Dissens*, "Arch. für d. civ. Praxis", 121 (1923), pág. 360. No falta quien considere la relación precontractual como manifestación de un "contacto negocial" preparatorio que, sin embargo, no constituye negocio jurídico (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allg. Teil*, C. H. Beck-Verlag, 10 ed., München, 1970, páginas 90 ss.); o, en todo caso, se construye como una relación de especial vinculación jurídica (*eine rechtliche Sonderverbindung*), como puede verse en HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum bürgerlichen Rechts*, Berlin und Leipzig, 1931, págs. 130 ss., y en STOLL, *Die Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., pág. 532.

(15) FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918; ID., *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ad esatta costruzione scientifica*, "Studi Fadda", III, págs. 269 ss.

de la ruptura de las conversaciones preliminares. No es extraño que los autores —al modo como entre nosotros ha hecho MORENO QUESADA (16) y en el extranjero CARRARA (17) o NATTINI (18)— señalen las diferen-

(16) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963, páginas 24 ss. En primer lugar, el autor señala la diferencia entre tratos y oferta de contrato, por el hecho de que mientras la oferta tiende directamente a la conclusión del contrato, los tratos preliminares tienen como objeto la formación de la oferta. Digamos, sin embargo, que quien trata pretende llegar al contrato, busca, como quien propone, llegar a un acuerdo de voluntades. En segundo lugar, los tratos se reducen a elaboraciones, concreción de resultados, exposición de ideas, etc., pero quien formula una oferta lo hace con intención de quedar obligado. Pensamos, con todo, que tal vinculación jurídica por el oferente no es otra cosa que la simple transformación o metabolismo de la "vinculación social" preliminar en vinculación jurídica, por lo demás revocable. Quien trata (obligatoriedad social) quiere contratar (obligatoriedad jurídica), y para ello es menester la etapa intermedia de vinculación jurídica revocable (oferta). En tercer lugar, el autor citado distingue tratos y oferta, porque sólo ésta reúne los elementos esenciales del contrato a realizar. Cosa, por otra parte, lógica. añadimos, pues que la oferta no es otra cosa que la fase antefinal del *iter* preparatorio del contrato, cuyos pasos generadores lo constituyen las negociaciones preliminares. En cuarto lugar, MORENO QUESADA separa tratos y oferta aportando el criterio expuesto por NATTINI: la oferta hace posible la aparición de un nuevo contrato, mientras los tratos provocan sólo en determinados casos una especial responsabilidad. Son efectos distintos. Igual pasa en muchos casos, debe decirse, con la oferta, pues, como es sabido, antes de la conclusión del contrato la oferta puede retirarse en cualquier momento (para el problema, recientemente ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1970, págs. 277 ss.), y así lo determina la conocida Sentencia de 22 de diciembre de 1956. En cuyo caso la oferta revocada que, como los tratos, defraude expectativas legítimas de la contraparte o viole la confianza, genera la correspondiente indemnización.

Por lo demás, estamos de acuerdo con MORENO QUESADA cuando engloba bajo el epígrafe *La responsabilidad antecontractual* (cfr. *La oferta de contrato*, capítulo VI, págs. 195-235) tanto la responsabilidad por culpa *in contrahendo* como la que dimana de revocar la oferta. No lo estamos con la radical separación de las dos fases antedichas y, sobre todo, con la delimitación entre la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, de un lado, y la derivada de desistir injustificadamente de los tratos o de revocar la oferta, por otro. Tal criterio pugna con la estructura interna de la *relación jurídica precontractual*, con las enseñanzas de la doctrina tradicional y moderna en torno a la figura genérica de la culpa *in contrahendo*, que se apoya en la comprensión de la problemática engendradora por lesionar la confianza y buena fe con ocasión de preparar un contrato. En esta dirección integradora de la relación precontractual, mas no por ello indelimitada y confusa, se basa nuestra investigación.

(17) CARRARA, *La formazione dei contratti*, cit., pág. 6, quien pone la diferencia en el diverso contenido de la voluntad de las partes: mientras en la oferta existe ya el elemento volitivo dirigido a la formación del contrato, en los tratos se pretende únicamente preparar la materia del contrato. Consecuencia normal, debe señalarse, de ser la oferta culminación de las conversaciones preliminares; si se quiere, formalización de los proyectos y discusiones que han acabado creando una vinculación jurídica.

(18) NATTINI, *Cenni critici sulla cosiddetta responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", 1910, págs. 235 ss., quien entre las distinciones propuestas quizá tenga especial interés la que considera la oferta como un negocio jurídico, y los tratos, no. Pues en la proposición, evidentemente, hay una declara-

cias entre tratos y oferta de contrato. Diferencias que, en el orden técnico-jurídico, no se discuten, pero sí la identificación de la responsabilidad precontractual con la idea tan restringida de la ruptura de los tratos. Aparte el problema de si la oferta vincula o no al proponente antes de la aceptación, lo que parece incontrovertido es que hasta el concurso de ambas declaraciones volitivas no hay contrato (arts. 1254 y 1258 en relación con el art. 1262 del C. c.) (19); los actos anteriores al consentimiento son etapa precontractual. Bien se ha percatado de ello el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de marzo de 1929: «En el desenvolvimiento o vida jurídica de todo contrato hay un período preparatorio que no liga ni produce vínculos jurídicos mientras no exista la conformidad exacta de las partes, fase que origina la perfección por el concierto de voluntades mediante el consentimiento, que es cuando el convenio tiene su nacimiento y produce fuerza legal coercitiva, según enseñan, entre otros, los artículos 1254 y 1258 del Código civil.» Curiosamente se trataba de un supuesto en el que existía oferta en firme para arrendar el servicio de café del Ateneo Mercantil de Valencia. Pero no se ha llegado al concurso de voluntades por la aceptación, y perdura la etapa preliminar. En efecto, la Junta directiva, examinadas debidamente todas las proposiciones, adjudica provisionalmente el servicio a don Baldomero Carrillo Alhama. Si bien el presidente fue comisionado para que se pusiera al habla con aquél, pidiera referencias, se informara de las garantías que ofrecía y de si estaba en condiciones de cumplir sus ofrecimientos. La conducta sospechosa del adjudicatario provisional frente a las condiciones impuestas por los arrendadores motivó que la ad-

ción de voluntad enfocada a autorregular un interés digno de tutela, sancionado por una conducta social típica, mientras en las negociaciones preliminares sólo se busca llegar a un entendimiento común. En último término, como señala LARENZ, su eficacia descansa en el principio de la *Treu und Glaube* (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*. I, cit., pág. 93), mas no hay una intención de validez jurídica, sino de simple preparación contractual.

(19) Concurso de declaraciones volitivas que “antes revelan una fase íntima desarrollada en la propia conciencia del sujeto, a través de momentos psicológicos denominados de “motivación”, “deliberación” y de “decisión” que no pueden tener transcendencia jurídica hasta que la voluntad formada “se manifiesta”—como certemente dice el propio artículo 1.262 del Código civil—, produciéndose, al aunarse con otra voluntad ajena e igualmente formada, el concurso de la oferta y de la aceptación en que radica el consentimiento” (Sentencia de 7 de diciembre de 1966: Rep. Jurispr. Aranzadi 5.706). En consecuencia, hasta tanto no hay conjunción de esas voluntades objetivadas al exteriorizarse y trascender para incidir sobre cosa y causa, no hay consentimiento contractual y, por tanto, estaremos mientras en etapa precontractual. Siquiera no sean de la misma intensidad los actos preparatorios, pues que a medida que nos acercamos a la conclusión del contrato, la vinculación social de los tratos se transforma gradualmente en vinculación jurídica. Con FAGGELLA debe pensarse que entre las negociaciones preliminares y la concreción de la oferta hay diferencia meramente cuantitativa y en ningún caso cualitativa (*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, cit., páginas 271 ss.). El *iter* preparatorio se intensifica o marca una dirección más profunda a medida que nos aproximamos a la existencia del consentimiento.

judicación definitiva se hiciera a favor de otro solicitante. Por lo que don Baldomero Carrillo formula demanda contra el Ateneo alegando la existencia de «un contrato de arrendamiento perfectamente definido». Desestimada en ambas instancias e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. En el penúltimo «considerando» se señala que «la adjudicación provisional... no puede tener más alcance que el que se le admita para ponerse al habla y seguir con él las negociaciones preparatorias necesarias, según las bases del concurso, para después del resultado de ellas... acordar en definitiva, que es el momento en que de haber llegado quedaban ligadas las voluntades para poderse compeler al cumplimiento...». En idéntica dirección, la Sentencia de 18 de enero de 1964 considera «que cuando la voluntad consciente y libremente emitida es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de éste a la vida jurídica, según proclama el artículo 1254 del Código civil, del cual, así como de los artículos 1258 y 1262, se evidencia que dicha perfección surge de la simple concurrencia del consentimiento, de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, recíprocas y sucesivas, que generan el acto jurídico bilateral». Antes de ese momento, según reconoce la Sentencia, sólo estamos en la fase generacional de tratos, negociaciones o conversaciones preliminares.

La etapa precontractual o proceso formativo del contrato integra, pues, el elemento objetivo de la que denominamos *relación jurídica precontractual*. Su extinción tiene lugar, o por desistimiento de alguna de las partes, o por desembocar en el fin perseguido: la conclusión del contrato. Ello no supone que sus consecuencias se extingan, como más adelante veremos. Por lo demás, no forman parte de la etapa *in contrahendo* las decisiones internas de los sujetos que negocian, los proyectos individuales o valoraciones intrínsecas que no se traduzcan en un contacto social. Lo que trae como consecuencia el hecho de que las negociaciones preliminares son necesariamente bilaterales, presuponen vinculación entre partes, cálculos o proyectos compartidos que se objetivan en una relación prenegocial. Cualquier actividad puramente unilateral de un sujeto debe excluirse de la esfera de los tratos, aun cuando vaya encaminada a la formación del consentimiento contractual (20). Deliberaciones o motivaciones personales condicionantes del acuerdo posterior no tienen relevancia prenegocial si no trascienden y se hacen conocidas por el destinatario.

(20) En tal sentido, RAVAZZONI, quien apoya el carácter extrínseco de los tratos, en primer término, en el hecho de que las negociaciones preliminares son inherentes al procedimiento jurídico de formación del contrato y tal procedimiento es necesariamente bilateral; en segundo lugar, porque desde el punto de vista empírico-social los tratos se han considerado tradicionalmente como actividad en la que necesariamente han de intervenir, por lo menos, dos partes que pretenden llegar a entenderse contractualmente (cfr. *La formazione del contratto*, cit., págs. 53-54).

2. FORMALIZACIÓN DE LAS NEGOCIACIONES PRELIMINARES. ASPECTO Y CONSECUENCIAS

En un orden formal, los tratos pueden consistir en conversaciones o negociaciones, pero también en manifestaciones escritas, redacción de proyectos, minutas o borradores (21). En definitiva, no hay inconveniente en que se consignen por escrito, aunque luego el contrato se concluya verbalmente. El documento en que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones sólo vale como prueba de que existieron, y puede servir de orientación para la interpretación del contrato (22). En ningún caso revelan un contenido negocial. Por lo que respecta a la «minuta del contrato» (*delineatio* o *punktation*: cfr. S. de 2 de marzo de 1965), o documento en el que se redactan a veces las negociaciones, es de advertir que, aun suscrito por las partes, no supone otra cosa que puntos de vista o proyectos de un posible contrato: las partes son conscientes, señala MESSINEO, del carácter interlocutorio de la minuta (23). Sólo si hay acuerdo sobre aspectos esenciales del contrato podría plantearse el problema de si hay auténtico contrato bien definitivo o, en todo caso, preliminar. Movidos en un terreno prenegocial, es evidente que la minuta puede servir de elemento probatorio decisivo para ejercitar la acción de daños por injustificada retirada de las negociaciones preliminares o por lesionar la confianza ajena.

(21) Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 189.

(22) Si bien el artículo 1.282 del Código civil establece que “para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse *principalmente* a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato”, debe pensarse que para una adecuada valoración de tales actos es muy de tener en cuenta el comportamiento de las partes en la etapa preparatoria. Lo que se ha denominado “interpretación histórica del contrato”, que es no sólo posible, sino estrictamente necesaria (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 253). Borradores, minutas, discusiones y, en general, todos los actos preliminares han dejado su impronta en el contrato y pueden ser decisivos para una adecuada hermenéutica. Como reconoce la Sentencia de 19 de febrero de 1965, el artículo 1.282 del Código civil no excluye los actos anteriores que pueden tener conexión con el contrato, en cuanto sirven para explicar su génesis y hasta los motivos de su celebración. Otras sentencias anteriores—por ejemplo, 15 de febrero de 1916, 7 de julio de 1941 y 7 de marzo de 1962—establecieron la necesidad de interpretar las cláusulas negociales “consultando los hechos que han precedido al contrato, las circunstancias que lo han acompañado y los hechos subsiguientes”.

(23) MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pág. 299. Por su parte, la Jurisprudencia italiana tiene establecido que la denominada minuta o puntuación de contrato no tiene, por lo general, carácter vinculante para las partes; lo que no excluye su valor probatorio de un contrato más tarde perfeccionado, cuando contenga la indicación de sus elementos esenciales y se demuestre que las partes han querido vincularse definitivamente, fundándose en otros elementos que puedan resultar probatorios: Cass. 19 de noviembre de 1963, núm. 2.995, y 17 de noviembre de 1963, núm. 3.044 (cfr. N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, cit., pág. 208).

Como ha puesto de relieve SANTOS BRIZ, los problemas que plantea la fase preparatoria del contrato y la *culpa in contrahendo* ofrecen matices especiales al ser trasladados a la moderna contratación en masa por medio de formularios o de ofertas al público. Entonces, una parte, el empresario o comerciante, ofrece al público sus mercancías o servicios y unas condiciones de contratación generalmente invariables. El autor se inclina a pensar que la publicación de las condiciones de contratación (precios, calidad de los géneros, entrega, pago, etc.) y su difusión no son negocios jurídicos, sino líneas rectoras de futuros contratos (24). Creemos, en esta misma dirección, que las condiciones ofrecidas por la empresa respecto a la calidad de los productos, precio, forma de pago, etc., integran un programa económico prenegocial que sólo la adhesión concreta y manifestada del destinatario transformaría en contrato. El valor programático e instrumental de los tratos se pone también de relieve en esta forma de contratación masiva, propia del tráfico económico moderno. No se origina ni para la empresa ni para los posibles destinatarios una vinculación jurídica, en ningún caso se instaura un esquema negocial. Pero si el particular realizó desembolsos confiado en las condiciones ofrecidas y ve defraudadas sus legítimas expectativas, podrá exigir la indemnización por lesionar su interés en contratar.

3. ALCANCE GENERAL DE LA BUENA FE «IN CONTRAHENDO», COMO ELEMENTO SUBJETIVO DE LA RELACIÓN PRECONTRACTUAL

La buena fe precontractual debe presidir el comportamiento de las partes que negocian. El ordenamiento jurídico, bien a través de una consagración legislativa (como acontece en Italia con los arts. 1337 y 1338 del *Codice civile* vigente), o por el juego de *topoi* tradicionales —principios generales, abuso del derecho, tutela de la confianza, *bona fides*, etc.—, impone a las partes el deber de conducirse correctamente en el desarrollo de las negociaciones precontractuales. El artículo 1337 del Código civil italiano no sólo señala el elemento objetivo de la relación precontractual, sino también el subjetivo: «*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*» ¿Cómo opera aquí la buena fe? BETTI lo señala muy bien. Las partes —dice— que no son todavía deudor y acreedor, pero que están en camino de serlo, se deben recíproco respeto a sus respectivos intereses. La actividad que se exige aquí podría calificarse de lealtad en las cosas, desengañándola de eventuales errores, hábito de hablar claro, que exige poner de manifiesto y con clari-

(24) SANTOS BRIZ, *La contratación privada*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1966, página 101, apoyándose en la opinión de RAISER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 2.^a ed., 1961, págs. 110 ss.

dad a la otra parte la situación real reconocible y, sobre todo, absteiniéndose de toda forma de reticencia fraudulenta y de toda forma de dolo pasivo que pueda inducir a una falsa determinación de la voluntad de la otra parte (25).

Implica la buena fe, como elemento subjetivo de la relación precontractual, tutela de la confianza que una persona depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte; protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretenden instaurar una vinculación jurídica (26). No es extraño que la doctrina alemana —la que mejor ha estudiado el tema que nos ocupa desde el célebre y ya clásico estudio de IHERING (27)— casi unánimemente establezca la ecuación: *Vertragsverhandlungen* = *Vertrauensverhältnis*, es decir, «relación precontractual = relación de confianza» (28).

II

RELACION PRECONTRACTUAL Y PROMESA DE CONTRATO

Será fácil advertir que la relación precontractual es algo muy diverso a la promesa de contrato o mal llamado «precontrato». La primera no es vinculante, no engendra un *iuris vinculum* en sentido estricto

(25) BETTI, *Teoria general de las Obligaciones*, I, trad. esp. por De los Mozos, cit., págs. 88-89. En una línea similar ya delimitó ERMAN las normas de la buena fe *in contrahendo* al exigir que las partes se abstengan de actuar contra las reglas de la lealtad mutua, evitar que una parte induzca a la otra a negociar sobre algo no realmente querido o no tomado en serio, bien impulsándolo a celebrar un contrato inválido o que su conclusión pueda irrogarle evidentes perjuicios económicos (*Beiträge zur Haftung für des Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, en "Arch. für die civ. Praxis", 139, pág. 277).

(26) Al respecto interesantes observaciones en MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", 54, I-2.º, 1956, págs. 361 ss.

(27) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, "Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", 4 (Jena, 1861), págs. 1-112. También en los *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1881, págs. 327 ss.

(28) Así fundamentalmente, HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, pág. 138; STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., págs. 544 ss.; BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, "Archiv für die civ. Praxis", 151 (1951), págs. 506 ss.; EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Tübingen, 1950, págs. 11 ss.; SIEBERT, *Treu und Glauben*, § 242, en "Bürgerliches Gesetzbuch de Hs. Th. Soergel", I, Stuttgart und Köln, 1952, quien señala en la página 575: *aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen ergibt sich ein Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*; la misma idea late en LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁰, I, cit., págs. 90 ss., y en J. ESSER, *Schuldrecht*, I. Allg. Teil, 4.ª ed. rev. Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1970, páginas 372 ss.

o un «deber de prestación». Las partes se mueven con libertad, limitándose a conversar, proyectar y valorar la posibilidad de ligarse contractualmente. En el caso más extremo, una parte ha manifestado su propósito de obligarse sin haber obtenido aún la conformidad o aceptación. Si se ha llegado a la oferta, debe señalarse que ésta, aunque ha de reunir todos los extremos necesarios para el futuro contrato (29), en principio no es otra cosa que simple manifestación de voluntad necesitada de conformidad o, como se ha señalado, «declaración unilateral de voluntad que se dirige a otro *para la celebración de un contrato*» (30). En cualquier caso, nos hallamos en la etapa preparatoria del contrato, lo que no sucede con la promesa de contrato o contrato preliminar. No importa cuál sea la postura que se mantenga sobre la debatida figura contractual, pues de cualquier modo la promesa de contrato es vinculante y obliga a la parte que no la cumple por lo menos a la indemnización de daños y perjuicios. Vinculación *ex contractu* que no existe en la etapa prenegocial. Mas si, de acuerdo con la dirección hoy dominante, pensamos que el contrato preliminar constituye la fase de un *iter* negocial complejo que se va formando progresivamente (31), las diferencias entre *etapa in contrahendo* y promesa de contrato aún se acentúan más. Precisamente porque el contrato preliminar experimenta una intensificación de efectos, ya que su unidad de función con el contrato definitivo le hace reunir los requisitos exigidos para éste. Y si la tesis de DEGENKOLB exaltó la misión del contrato preliminar (32), la situación opuesta hoy muy caracterizada en defensa del definitivo —«que debe necesariamente recibir la solución del conflicto de intereses ya diseñada por el preparatorio» (33)— no supone, en el fondo, otra cosa que aproximar su auténtico valor contractual, si bien preparatorio, a los fines perseguidos mediante el contrato proyectado. En todo caso, es evidente que se ha instaurado la relación contractual una vez que se concluyó el precontrato, cuyas bases o programa sólo hallarán plenitud con la conclusión del contrato definitivo.

(29) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II *Derecho de Obligaciones*, cit., página 275.

(30) MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., pág. 60.

(31) Como ha defendido con éxito en nuestra patria el profesor DE CASTRO, *La promesa de contrato*, sep. del "A. D. C.", Madrid, 1950, y recoge en la misma dirección actualmente Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 205 ss.

(32) DEGENKOLB, *Zur Lehre vom Vorvertrag* (en honor del profesor Fritz, de la Universidad de Freiburg i. Br.) y *Neue Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag*, ambos escritos publicados en "Archiv. für die civ. Praxis", 71, 1887, págs. 1-92. El mérito fundamental de DEGENKOLB es haber construido sobre bases firmes y autónomas para siempre la doctrina del contrato preparatorio, darle una configuración como fenómeno contractual en sí perfecto. Sobre todo, como ha evidenciado ALABISIO, sacó la figura de su confusionismo con los tratos preliminares tal como se encontraba en el Derecho común (*Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 11).

(33) Prototípica en tal sentido la obra reciente de G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, Giuffrè, 1970, págs. 11 ss.

Por ello, es claro que la promesa de contrato crea inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, del que nace la peculiar facultad de uno o ambos interesados de poner en funcionamiento el contrato proyectado (34). En definitiva, no acontece otra cosa que una dilación de efectos contractuales, por cuanto la eficacia del contrato definitivo se origina progresivamente a través del contrato preliminar (35). Mientras en la etapa *in contrahendo* se sientan las bases para la formación del consentimiento, con el contrato preliminar hay ya, como señala DE CASTRO, un convenio por el que las partes crean en favor de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato proyectado (36). Estamos, pues, ante una figura contractual de índole preparatoria, mientras que cuando se «trata» o se «ofrece» únicamente se pretende colocar los fundamentos o comprometerse en firme para llegar a la conclusión del contrato. Por lo demás, del incumplimiento de la relación precontractual surge únicamente —y si se dan determinados condicionamientos que después veremos— una obligación de indemnizar. De la promesa de contrato —y en ello están de acuerdo la doctrina más moderna (37) y la jurisprudencia (38)— nace la obligación de tener que cumplir lo pactado, se impone el cumplimiento forzoso. Y, por tanto, las partes están facultadas para exigir la puesta en práctica del contrato definitivo.

(34) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 209.

(35) Así MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., págs. 522 ss. El autor distingue netamente etapa precontractual de contrato preliminar: el contrato preliminar puede también ir precedido de negociaciones previas. Estas no sólo pueden preparar un contrato definitivo, sino también una promesa de contrato. Además, mientras el contrato preliminar es un auténtico contrato, las negociaciones son una base contractual previa que permanecen fuera del contrato. A diferencia del precontrato, las negociaciones no obligan o vinculan a la conclusión del contrato. Puede desistirse de ellas (cfr. sobre el particular páginas 583-584).

(36) DE CASTRO, *La promesa de contrato*, cit., pág. 42.

(37) Así, fundamentalmente, Roca SASTRE, *Contrato de promesa*, en "Estudios de Derecho privado", I, 1948, págs. 347-348; DE CASTRO, *La promesa de contrato*, cit., págs. 54 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 322-323; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 215-216.

(38) Abunda la jurisprudencia que admite siempre que sea posible el cumplimiento forzoso en forma específica, con referencia concreta al artículo 1.451 para la promesa de venta: así sentencias de 1 de julio de 1950, 21 de diciembre de 1955, 18 de diciembre de 1962, 26 de marzo de 1965, entre otras. Las dificultades para extender la doctrina aplicable a la promesa de venta a otros supuestos de promesa de contrato, para exigir la ejecución del contrato definitivo, pueden solventarse considerando que los precontratantes intentan llevar a efecto un negocio complejo de formación progresiva. Sólo con la realización del contrato definitivo se cierra el *iter* negocial. Por lo demás, como señala Santos BRIZ, la interpretación de la voluntad de las partes puede conducir también a una justa delimitación de los efectos del precontrato (*La contratación privada*, cit., pág. 116).

III

NEGOCIOS «MORTIS CAUSA», NEGOCIOS FAMILIARES Y RELACION PRECONTRACTUAL. PROMESA DE MATRIMONIO Y NEGOCIACIONES PRELIMINARES

Pacíficamente se admite que no es posible hablar de relación precontractual en los negocios *mortis causa* y familiares. Las negociaciones preliminares, como recuerda BENATTI, significan contraste u oposición de intereses privados, implican tensión hacia el logro de posiciones de ventaja. El ordenamiento jurídico se da cuenta de este contraste y trata de hallar una armonización imponiendo el deber de lealtad y corrección (39). Tal contraste no se da en el ámbito del Derecho sucesorio, donde falta un contrainteresado en sentido técnico a la declaración de voluntad y se echa de menos aquel conflicto de intereses entre declarante y posibles destinatarios de las atribuciones patrimoniales por vía sucesoria (40). El testamento, como típico negocio hereditario, no admite, lógicamente, discusiones, tanteos, oferta en firme, etc. Todos los aspectos de la etapa *in contrahendo* repugnan fuertemente contra el acto jurídico testamentario. Incluso no es viable el juego de la buena fe como comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, a la vez, exigencia imprescindible de conducta en las vinculaciones donde la pugna de intereses es manifiesta.

Mayores problemas suscita la posibilidad de que determinados negocios familiares, aun sin ser contratos, puedan ser precedidos de negociaciones preliminares cuya ruptura o comportamiento opuesto a la *bona fides* genere la obligación de indemnizar. El supuesto podría plantearse, por ejemplo, para el matrimonio cuando uno de los contrayentes supiera de alguna causa de nulidad antes de su celebración y no la pusiera en conocimiento del otro. Para tal situación el Código italiano vigente contiene la norma del artículo 139: «*Il coniuge il quale, conoscendo prima della celebrazione una causa di nullità del matrimonio, l'abbia lasciata ignorare all'altro, è punito, se il matrimonio è annullato, con l'ammenda da lire mille a lire cinquemila. L'altro coniuge ha diritto a una congrua indennità, anche se non dà la prova specifica del danno sofferto.*» Por supuesto que estamos de acuerdo con BENATTI cuando niega que en este precepto se configure un supuesto típico de responsabilidad precontractual, sobre todo si tenemos en cuenta que es más que dudosa la naturaleza contractual del matrimonio. En efecto, como el autor citado reconoce, las reglas dictadas para la invalidez del ma-

(39) F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 1963, página 30.

(40) Cfr. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, "Enciclopedia del Diritto", IV, 1959, pág. 235.

trimonio atienden, fundamentalmente, a intereses públicos o colectivos (interés de la familia como grupo social). De donde se infiere que el deber impuesto por el artículo 139, al tener como finalidad impedir la celebración de un matrimonio nulo, se encamina a tutelar exigencias superiores a las individuales de los cónyuges. De ahí su no inclusión entre los deberes de comportarse lealmente y de acuerdo con la buena fe, cuya función se agota en la realización de intereses meramente privados (41).

Ahora bien: si hablamos de una responsabilidad prenupcial —y no meramente precontractual—, no hay duda que en la preparación del matrimonio los contrayentes están obligados a comportarse con lealtad y buena fe. Aparte de que se viole el interés superior familiar, no cabe duda que los cónyuges, como protagonistas del negocio jurídico matrimonial, están interesados en la plena validez del vínculo. La nulidad, como imperfección radical o constitutiva de la conclusión del negocio matrimonial, puede afectar a cualquiera de los presupuestos y elementos necesarios para la válida conclusión del matrimonio: capacidad, consentimiento y forma (42). Creemos que si un cónyuge conoce o puede conocer las causas de invalidez matrimonial —impotencia, profesión religiosa, impedimento de ligamen, condena por adulterio, etc. (art. 101 en relación con los arts. 83 y 84 del C. c.)— y no las pone en conocimiento del otro, incurre en violación de la relación prenupcial. Si defrauda conscientemente los intereses morales y la legítima confianza del otro cónyuge, ocultando alguna causa de invalidez, surgiría una pretensión indemnizatoria a cargo del contrayente engañado. Es un supuesto típico en el que se pondría de manifiesto la violación del esquema prenupcial como relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*). Lo difícil sería valorar la entidad del daño producido, pero en todo caso nunca sirven aquí las reglas generales. El juez tendría que determinar *in concreto* la cantidad según ese *standard* ideal señalado por el Código italiano vigente: la *congrua indennità* o adecuada indemnización. Entrarían en juego no tanto intereses económicos como el problema siempre debatido de la reparación del daño moral.

No cabe duda que las capitulaciones matrimoniales, como «pactos que celebran los futuros cónyuges, entre sí o con terceros, en vista del futuro matrimonio y para hacer y recibir aportaciones o determinar el régimen conyugal de bienes» (43), van con suma frecuencia precedidas de negociaciones preliminares. Por su propia naturaleza, e incluso por razón de su inalterabilidad después de celebrado el matrimonio (artículo 1320 del C. c.), es normal que se converse, proyecte y se ofrezcan avances de lo que podrá después plasmarse en capítulos. Digamos, in-

(41) F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 31.

(42) En tal sentido LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 112.

(43) LACRUZ, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., páginas 272.

cluso, que las negociaciones previas son la regla general para prepararse a la confección del *instrumentum* nupcial. Incluso puede ser frecuente que tales negociaciones preliminares se hagan en borradores o por escrito, hasta que cobren forma negocial definitiva y se sustancien *sine qua non* en escritura pública (requisito esencial, según el art. 1321 del Código civil). ¿Qué valor tienen tales tratos precursores de los capítulos matrimoniales? ¿Genera la obligación de indemnizar su ruptura injustificada? Creemos que su valor es puramente interpretativo si llegan a fraguar en capítulos, y su interrupción, aun de mala fe, en ningún caso engendra indemnización en favor de quien se crea lesionado por la confianza depositada. No puede olvidarse que se trata de un régimen convencional para disciplinar el *status* económico-matrimonial (el artículo 1315 del C. c. dice que «los que se unan en matrimonio *podrán* —no, «deberán»— otorgar sus capitulaciones...»). Si las negociaciones preliminares no plasman en capitulaciones matrimoniales, lo más que puede suceder —y no es poco— es la entrada en vigor del régimen supletorio normal de la sociedad legal de gananciales (artículo 1315, ap. 2.º). Por lo demás, debe advertirse que si el artículo 1326 del Código civil determina que «todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedará nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse» (44), a mayor abundamiento diremos que todo lo que se proyecte o negocie con vistas a preparar las capitulaciones, perderá toda eficacia si no se transforma en contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio.

Finalmente, se ha pensado por un importante sector doctrinal que la promesa de matrimonio es un momento precontractual que, con relación a las futuras nupcias, podría considerarse como etapa *in contrahendo* o fase de negociaciones preliminares. En consecuencia, el promitente que sin justa causa rehúsa contraer matrimonio defraudaría la confianza de la otra parte, lesionaría la buena fe en el *iter* preparatorio del negocio matrimonial y se obligaría por razones de culpa precontractual a indemnizar al novio inocente los gastos hechos por causa del matrimonio proyectado (45). En la debatida naturaleza de los esponsa-

(44) Se señala que para la "estipulación capitular" el matrimonio no es simple *conditio iuris*, sino que crea el propio objeto del contrato sobre bienes. Por eso las estipulaciones capitulares siguen las vicisitudes del matrimonio y su validez o nulidad depende de la validez o nulidad de éste (así LA-CRUZ, *Derecho de Familia*, cit., págs. 277, a quien sigue PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, IV-I. *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, Bosch, Barcelona, 1967, págs. 397).

(45) La tesis que configura la promesa de matrimonio como relación precontractual encontró defensores ya en COVIELLO (L.), voz *Contratto preliminare*, "Enciclopedia giuridica it.", III, 3,2, págs. 116 ss., y en R. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, II. *Sources des Obligations*, París, 1923, página 55. Pero cobra especial relieve en sectores de la doctrina italiana, fundamentalmente en FERRARA SANTAMARÍA, *La promessa di matrimonio*, Napoli, 1940, páginas 27 ss.; 90 ss.; NOVARA, *La promessa di matrimonio*, Génova, 1950, pá-

les, no deja de ser curiosa esta postura que los convierte en simples tratos preliminares al matrimonio. Se arguye en favor de esta tesis (46) que los esponsales no pueden considerarse institución autónoma, sino que, por su conexión con el matrimonio del que constituyen lógico y natural presupuesto, deben encuadrarse en este más amplio fenómeno. Por lo que la etapa de prometidos no se diferencia, desde el punto de vista jurídico, de las negociaciones precontractuales, y así, del mismo modo que éstas no pueden interrumpirse cuando adquieren seriedad y engendran una razonable confianza, tampoco puede incumplirse la promesa matrimonial sin incurrir en responsabilidad (47). En tal caso, algún sector de la doctrina italiana piensa que la ruptura injustificada de los esponsales debe encuadrarse en el precepto general del artículo 1337, conforme al cual, «*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*» (48).

Esta doctrina, identificadora de la promesa de matrimonio con las negociaciones precontractuales, ha sido objeto de crítica (49): no pa-

ginas 35 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1951, pág. 205; 2.^a ed. 1966, págs. 394 ss., esp. 397-398. Aquella tesis de la doctrina alemana que vio en la promesa de matrimonio (*Verlobnis*) un hecho de la vida social, si se quiere, un simple pacto o relación que en ningún caso supondría declaración de voluntad negocial, en cierto modo estaría próxima a la equiparación de los esponsales con la relación precontractual. Sobre esta doctrina, conocida con la denominación *Tatsächlichkeitstheorie*, vid. últimamente notables consideraciones en H. DÖLLE, *Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit Rechtsvergleichenden Hinweisen*, I, Verlag C. F. Müller Karlsruhe, 1964, págs. 62 ss.; y G. BEITZKE, *Familienrecht*, 15 ed., Verlag C. H. Beck München, 1970, págs. 19 ss.

(46) Quizá quien mejor la haya defendido sea G. NOVARA, *La promessa di matrimonio*, cit., págs. 35 ss, quien, ante todo, pretende extender a la promesa de matrimonio la normativa que para *le trattative* impone el artículo 1.337 del Código civil italiano. Aun cuando el autor reconoce que dicha norma está pensando en los contratos, no duda en aplicarla igualmente en la preparación del matrimonio: "Todas las reglas —señala— dictadas para los contratos pueden aplicarse fuera del ámbito rigurosamente contractual; y son válidas, incluso respecto de los negocios de naturaleza personal, todas las disposiciones que, como la del artículo 1.337, no hacen relación directa al contenido patrimonial del contrato" (*op. ult. cit.*, pág. 38, n. 1).

(47) NOVARA, *op. ult. cit.*, págs. 52 ss.

(48) Opina DE CUPIS que, a pesar de ser controvertida la naturaleza contractual del matrimonio, debe pensarse que el concepto de daño *in contrahendo* es también aplicable, por extensión, al daño ocasionado en la formación de los negocios jurídicos diversos de los contratos. A través de la negativa a cumplir la promesa del matrimonio, se impide la perfección del negocio matrimonial. De ahí que parezca legítimo hablar de daño *in contrahendo* (*Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit., pág. 205; 2.^a ed., I, 1966, página 397, donde se amplían y perfeccionan las razones invocadas en la primera edición).

(49) Interesante al respecto la que dirige ENRIETTI a la tesis de NOVARA. Aparte de otras consideraciones, es sabido que el núcleo esencial de la tesis de NOVARA se reduce a dos ecuaciones: promesa de matrimonio = negociaciones o tratos matrimoniales, y obligación de comportarse según la buena fe = obligación de no apartarse de los esponsales (tratos matrimoniales), si no

rece exacto poner en idéntico plano la obligación de indemnizar por ruptura injustificada de los esponsales y la que resulta de apartarse sin causa fundada de los tratos (50). Tal postura choca, además, con dos inconvenientes. En primer lugar, que mal puede hablarse de responsabilidad precontractual si el matrimonio no implica un *contrahere*, es decir, un comprometerse para originar obligaciones de índole patrimonial (51). Hoy se estima muy dudosa la naturaleza contractual del matrimonio. El segundo inconveniente deriva, como señala GARCÍA CANTERO, de que en nuestro ordenamiento no se regula expresamente ni la responsabilidad precontractual ni la derivada de la revocación de la oferta de contrato (52).

El problema, con todo, no es pacífico. Una adecuada configuración positiva de la responsabilidad precontractual en nuestro Derecho, de *iure condendo*, podría hacernos pensar en la posibilidad de subsumir la obligación de indemnizar del artículo 44 del Código civil en el régimen de la que denominamos *relación jurídica precontractual*. No sólo en los contratos, sino con respecto a otros negocios bilaterales, pueden existir conversaciones previas, tratos o contactos preliminares. Es posible que una parte vea defraudada su confianza y experimente daños en su patrimonio ocasionados por una actuación dolosa. Lo que plantearía el problema de su compensación o reembolso, y, en consecuencia, el de la correspondiente responsabilidad. Pensando en ello, se podría hablar, tal vez, de una *relación jurídica prenupcial*.

Creemos que, en el caso de los esponsales, no hay inconveniente en estimar que estamos ante una actividad preparatoria del matrimonio. No son otra cosa que negociaciones preliminares con la finalidad de llegar a la celebración nupcial. No presentan autonomía estructural ni funcional como para constituir una promesa de contrato, pero tampoco

es por justa causa. Pues bien: ENRIETTI observa, en primer término, que casi nadie admite la existencia de una obligación de persistir y no apartarse de los tratos, ni siquiera en los precontractuales. Las partes pueden desistir de las negociaciones en cualquier momento. Como se sabe, no son vinculantes. Con mayor razón debe siempre admitirse la retirada de los esponsales, dada la naturaleza especial del matrimonio. En segundo lugar, ENRIETTI se pregunta: ¿en qué puede consistir esta obligación de persistir en las negociaciones matrimoniales, propugnada por Novara, sino en llevarlas a feliz término, o sea, en abocar a la celebración del matrimonio? Mal se concilia esta opinión con el artículo 79 del *Codice civile*: "La promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo" (ENRIETTI, *Osservazioni critiche su di una recente costruzione degli sponsali*, "Riv. trim. Dir. e proc. civile", 6, 1952, págs. 672 ss., esp. 675 ss.).

(50) Objeciones a esta doctrina en BENATTI, *La responsabilità precontractuale*, cit., pág. 33.

(51) Obstáculo que ya ve el propio FERRARA SANTAMARÍA, *La promessa di matrimonio*, cit., pág. 58.

(52) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, C. S. I. C., Roma-Madrid, 1959, pág. 67.

pueden considerarse negocio jurídico del Derecho de familia (53). Los esponsales, aunque reúnan los requisitos exigidos por el artículo 44 del Código civil —documentación o proclamas—, no tienen razón de ser si no es en conexión con el matrimonio proyectado, y en el que a menudo desembocan. La idea del negocio jurídico, como declaración de voluntad tendente a conseguir un resultado digno de tutelarse por el Derecho (54), supone un precepto de autonomía privada (55), con sustantividad suficiente como para originar consecuencias jurídicas. Lo que no sucede con la promesa de matrimonio, donde las declaraciones de voluntad de los prometidos sólo *preparan* un negocio jurídico (el matrimonio) y no producen la consecuencia práctica —*fine pratico tutelato* (56)— inherente a la noción de negocio jurídico. Precisamente porque los novios que se prometen en matrimonio son libres de apartarse del *iter preparatorio* del vínculo matrimonial, desde el momento en que, mediante los esponsales, se limitan a programarlo, diseñarlo y, en todo caso, sentar las bases para su celebración. No origina la promesa matrimonial un *iurus vinculum*, ni la consecuencia lógica *hic et nunc* conexa al ejercicio de la autonomía privada: obligatoriedad de celebrar el matrimonio o incurrir, de no hacerlo, en la subsiguiente responsabilidad. La autorregulación de intereses ligada al precepto volitivo —concluir el matrimonio— puede en cualquier momento destruirse por un acto legítimo o ilegítimo (según haya o no justa causa). Sólo nace una obligación de reembolso por los gastos hechos en base al matrimonio proyectado y que sin razón suficiente no llegó a celebrarse (art. 44 del C. c.). Obligación que no surge como consecuencia de las voluntades promitentes, sino para compensar la irrealizabilidad del fin perseguido (el matrimonio) por motivos imputables a una de las partes. En suma, debe pensarse que la promesa de matrimonio instaura tan sólo una *relación jurídica prenegocial* en función directa con el matrimonio programado, y cuyo quebrantamiento lesionaría la buena fe *in contrahendo*. La actuación contra la buena fe implica deslealtad o falta de mutua fidelidad entre los prometidos, violación de alguna de las obligaciones sociales que integran el noviazgo (57). Por lo que pensamos que la obligación de indemnizar del artículo 44 del Código civil tiene

(53) Así, sobre todo, GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, cit., pág. 62.

(54) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 34.

(55) Considerada la autonomía privada como *Anerkennung der «Selbstherrlichkeit» des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse* (W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín-Heidelberg-New York, 1965, página 6).

(56) Según expresión auténtica de CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Morano Edit., pág. 54.

(57) Tal violación motivaría una justa ruptura de la promesa de matrimonio, según señala con acierto GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil...*, cit., págs. 56-58.

naturaleza precontractual, su génesis está en la violación de la buena fe *in contrahendo* y su razón de ser en el *iter* preparatorio o formativo del negocio jurídico matrimonial (58).

IV

CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIONES PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y DONACION

En el ámbito de los principios y en la esfera fecunda de la praxis resulta evidente que todos los negocios jurídicos *inter vivos* de contenido patrimonial son susceptibles de negociaciones preliminares. Con razón puede decirse que en nuestros días la exigencia de una etapa preparatoria se hace sentir con mayor perentoriedad, pues que el tráfico jurídico se caracteriza por el número cada vez más creciente de negocios de extrema complejidad (constitución y transferencia de grandes empresas, concertación de empréstitos, construcción de ingentes obras, etcétera), cuya gestación se realiza a expensas de notables esfuerzos y después de un sinnúmero de preparativos (59). Es, pues, característica acusada de nuestra época la necesidad impuesta por la compleja economía moderna de que los negocios jurídicos vayan precedidos de una formación lenta y gravosa. Comportan intereses relevantes y ponen en movimiento innumerables bienes cuyo desplazamiento es menester regular sin precipitaciones, meditadamente. Por eso, cualquier acto jurídico que implique movilización de valores patrimoniales suele estar precedido, a menudo, de etapa formativa. Debemos excluir en todo caso, como hace BENATTI, aquellos negocios jurídicos privados de ca-

(58) Piensa LACRUZ que en ninguno de los supuestos típicos de culpa *in contrahendo* —ocultación culposa de una causa de invalidez del contrato, y revocación de propuesta cuando llega a conocimiento del aceptante— cabe incluir la ruptura de esponsales (*Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 50, núm. 9: cfr. razones convincentes que allí da). Pero ello supone estrechar el ámbito de la responsabilidad precontractual. Siempre que de algún modo se viole la lealtad recíproca en el *iter* preparatorio del matrimonio, defraudando la confianza de uno de los prometidos, se incurre en culpa *in contrahendo*. Porque toda ruptura injustificada (v. gr.: alegar infidelidad que no ha existido, deficiencia pasajera y corregible de salud, discusiones sin entidad suficiente para un desistimiento definitivo, etc.) supone quebrantamiento de la relación de confianza, esencial a las negociaciones preliminares (por todos vid. HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr*, cit., pág. 138) y particularmente a las que preceden al matrimonio. No parece adecuado reducir los esquemas de la culpa *in contrahendo* a los dos señalados por LACRUZ y que se hicieron típicos a partir de IHERING. Doctrina y jurisprudencia extranjera prevén gran número de supuestos, como puede verse ya en la conocida obra de A. HILSENRAD (*Las Obligaciones precontractuales*, trad. esp. por F. Menéndez Pidal, Madrid s. f.).

(59) R. H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, 1957, pág. 19.

rácter recepticio (60), pues que al faltar un destinatario de la declaración de voluntad no se provoca modificación económico-jurídica en la esfera concreta de un interesado. De ahí que tampoco surja, en sentido técnico, ese *contacto social*, sustrato básico de la relación precontractual. La tensión de intereses por el logro de posiciones de ventaja patrimonial no existe en determinados negocios, v. gr., del Derecho de familia, o en aquellos que implican ejercicio de un derecho subjetivo sin repercusión individual en la esfera jurídica de otro. En un orden concreto, es evidente que la relación *in contrahendo* se produce, fundamentalmente, en la preparación de los contratos, específicos negocios jurídicos bilaterales caracterizados por incidir sobre relaciones jurídicas de índole patrimonial (61). Y no cabe duda que son los contratos onerosos, como figuras que envuelven una proporcionalidad de atribuciones, donde el proceso de las negociaciones preliminares funciona por lo general. Proyectos, contactos, inversión de cantidades, adecuada programación y, en general, los actos constitutivos del *iter ad negotium* son típicos de aquellos contratos, como la compraventa, el arrendamiento en todas sus manifestaciones, la sociedad, etc., en los que cada parte busca el máximo beneficio y desea hacer menos gravosas sus adquisiciones. Es, por tanto, el contrato oneroso el que, *per se*, exige preparativos, discusiones y a menudo una lenta y difícil etapa formativa. Lógico si pensamos que su esencia está valorada en términos de sacrificio para cada obligado, pero a la vez con la compensación que le proporcione la atribución correlativa. La búsqueda de un equilibrio prestacional es meta a lograr en la onerosidad objetivamente perfecta, pues que nadie quiere ser víctima de las defraudaciones y falacias del contrario. Onerosidad, como recuerda PINO, supone buscar el máximo equilibrio entre las prestaciones, proporcionalidad entre ventaja y sacrificio (62). Y ello presupone, normalmente, luchas y tensiones, concesiones y valoración de las propias posibilidades; en definitiva, un período previo de maduración conexo a un ejercicio reflexivo y meditado de la autonomía privada.

En cambio, no es frecuente ni aun normal que los contratos gratuitos, v. gr., comodato, depósito no retribuido, etc., se formen mediante negociaciones preliminares. Mientras los contratos que tienden a una equitativa contemperación de intereses suelen ir precedidos de la correspondiente relación preparatoria, no parece que los contratos lucrativos requieran una etapa formativa, o sea, el despliegue de todo el elemento objetivo de la *relación jurídica prenegocial*: diseños, programaciones, inversiones, actos todos que puedan crear en la contraparte una razonable confianza. La razón está en la misma naturaleza de este tipo de contratos, en los que alguien hace una atribución patri-

(60) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 23.

(61) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 89.

(62) A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, Cedam, 1952, págs. 32 ss., esp. 39 ss.

monial sin obtener ventaja alguna en compensación. Presupone este dar sin recibir nada a cambio un espíritu de liberalidad, en todo caso, un sentimiento generoso y altruista (afecto, reconocimiento de méritos, gratitud, etc.) que parece chocar con las tensiones y la búsqueda de lucro, factores implicados en el *iter ad contractum*. El hecho de atribuir ventajas sin corresponsabilidad, propio de todo negocio gratuito, genera espontaneidad, no reflexión compartida y dialogada; supone proporcionar beneficios a alguien, actitud que en sí misma no vale discutir, negociar o programar.

Hay un tipo de responsabilidad precontractual que nace cuando las negociaciones preliminares no llegan a feliz término porque una parte las interrumpe sin justificación, o porque las prolonga innecesariamente o, de cualquier modo, defrauda la confianza de la contraria, siempre con el propósito de no celebrar el contrato proyectado. Aparte de que con harta frecuencia la parte interesada en la conclusión del negocio hace inversiones, gastos importantes, confiado en las ventajas que le irrogará el contrato, y que nunca llegarán por vía comercial a encontrar adecuada compensación (63). Se traiciona entonces la buena fe como

(63) Los ejemplos que pueden aducirse presentan variadas matizaciones: v. gr.: 1. Las partes han tratado sobre la venta de una finca urbana y por cuya adquisición el posible comprador manifestó un interés especial. Este, para asegurarse de la bondad intrínseca de los materiales, hizo desplazamientos, contrató los servicios de peritos, invirtió horas de trabajo, etc. El enajenante rompe arbitrariamente las negociaciones y celebra el contrato con un tercero, de quien dice ser más amigo. 2. Sin propósito de contratar, y sólo con el deseo de obtener datos que le ayuden a realizar una operación económica más ventajosa, A mantiene conversaciones con B y proyectan la celebración de un contrato. B, por lealtad a las negociaciones sostenidas con A, desaprovecha la ocasión que se le brinda de contratar con C para adquirir idéntica mercancía en óptimas condiciones de precio y celeridad. A desiste de tratar con B, pero éste ya no puede negociar con C, que vendió sus mercancías a otra persona. 3. A mantiene con B una negociación para encargarse de la distribución en España de un nuevo producto fabricado por éste, aunque en realidad no tiene ningún propósito de celebrar tal contrato, sino que busca que C, de quien es cómplice, gane tiempo y lance antes al mercado un producto concurrente, como efectivamente sucede (expuesto por Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 190). 4. A, dueño de una finca, tiene informes de que el industrial B quiere establecer su empresa en la finca de C, limitrofe con la suya, pero mejor emplazada. Se pone de acuerdo con D, quien inicia unas conversaciones con C para comprar. B, entretanto, cansado de esperar, compra la finca de A (ejemplo prototípico aducido también por Díez-PICAZO, *op. y loc. ult. cit.*). 5. A, empresario, desea contratar un técnico especializado. B. Mientras está en negociaciones, éste se entera de datos relativos a métodos de producción, organización de personal, etc., que conviene mantener secretos, y que, sin embargo, difunde, en detrimento de la empresa. No contento con eso, B contrata sus servicios con la empresa C, que se dedica a la misma actividad económica. 6. A, que desea comprar las mercancías que le ofrece B, pide a éste su envío para examinarlas antes de decidirse a adquirirlas. A actúa negligentemente en la custodia de las mismas y sufren un deterioro considerable, mientras devuelve el resto, expresando su deseo de no adquirirlas. B, mientras tanto, ha perdido la ocasión de venderlas inmediatamente a C, quien tuvo que concluir el contrato con D. 7. ALBALADEJO nos

principio superior que preside la lealtad recíproca de quienes entran en relaciones sociales para llegar a una vinculación jurídica (64).

Esta forma de responsabilidad *in contrahendo* supone violación de la confianza depositada a lo largo de un período preparatorio (*iter ad contractum*). Y se da, normalmente, en aquellas figuras negociales que se caracterizan por ofrecer una fórmula conciliatoria al debate de intereses que tiene lugar entre los contratantes. Así, en los contratos onerosos, como antes expusimos. Pero hay otro tipo de responsabilidad precontractual que tiene lugar aun sin negociaciones previas, y que puede existir tanto en figuras contractuales onerosas como en las de mera liberalidad. Las partes contratantes están obligadas a comportarse lealmente en la fase antecontractual. Pero a menudo una parte defrauda las legítimas expectativas de la otra no sólo a través de una conducta expresa y manifestada durante esa relación social creada por las negociaciones preliminares, sino también mediante una *conducta tácita* que tiene su expresión en el momento de contratar. En la relación precontractual, determinadas actitudes de una parte, actos lesivos de la confianza ajena constituyen esa conducta implícita o tácita de la que dimana también una culpa *in contrahendo*. Supuestos en que una parte conociendo o pudiendo conocer la existencia de una causa de invalidez contractual, no lo notifica a la contraria; o sabiendo que el objeto del contrato ha perecido, concluye el negocio; o que la celebración del contrato le puede irrogar un perjuicio y, sin embargo, lo concluye en detrimento del destinatario, etc.

El problema de la responsabilidad por violación de la buena fe en la formación inmediata del contrato puede presentarse, sin duda, en la

ofrece el siguiente ejemplo: A entra en tratos con B, tratos que luego rompe, haciendo gastar a éste, sin fruto, dinero en viajes y estudios técnicos, pues está dispuesto a comprarle un chalet por un precio ridículo con arreglo al corriente del mercado; precio que, de haber sido hecho saber inicialmente a B, hubiera decidido a éste a no tratar ni hacer gastos (*Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones*, cit., pág. 272, n. 20). 8. A desea arrendar una vivienda y entra en negociaciones con B, amigo íntimo suyo que manifestó su deseo de arrendarla y a quien A prefiere darla en locación no sólo por merecerle garantía a los efectos del pago de la renta, sino porque de las conversaciones mantenidas ha deducido que B hará mejoras notables en el inmueble. A, mientras tanto se decide B, ha rechazado a otros posibles inquilinos, entre ellos a uno que le ofreció más dinero en concepto de alquiler. Pero B sigue buscando un piso más próximo a su lugar de trabajo, y cuando C se lo ofrece en tal situación, celebra el contrato con éste. Ha transcurrido un mes sin que B ponga en conocimiento de A el hecho de haber alquilado el piso propiedad de C. A, defraudado en la confianza que depositó en su amigo, ha perdido un mes de renta y la oportunidad de contratar con mejores aceptantes.

Los ejemplos podrían multiplicarse hasta el infinito. Bastan estos supuestos para darse cuenta de algunas causas generatrices de responsabilidad precontractual.

(64) Así CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 474.

donación. No es concebible que el acto donacional vaya precedido de negociaciones preliminares, incompatibles con la manifestación espontánea y personal de beneficiar al donatario (65), con la función de liberalidad que se traduce no sólo en el *animus donandi*, sino en la conexión esencial enriquecimiento del donatario-empobrecimiento del donante (66). Elementos que revelan espontaneidad y propósito de favorecer, aspectos que no admiten negociación ni diálogo. Por lo que no es posible hablar de ruptura injustificada de negociaciones, revocación con mala fe de la oferta, prolongación innecesaria de tratos preliminares, pero sí, en cambio, de otras posibles formas de responsabilidad *in contrahendo* por comportamiento doloso del donante o lesivo para los intereses del donatario. Así el § 523 del B. G. B. determina que si el donante oculta dolosamente un vicio en el derecho, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto. En este orden de ideas, el § 524 estatuye que si el donante oculta dolosamente una falta de la cosa donada, está obligado a indemnizar al donatario el daño causado por esto. Es una responsabilidad por los vicios del derecho en sí (*Haftung für Rechtsmängel*: § 523) o de la cosa (*Haftung für Sachmängel*: § 524) (67).

Este tipo de responsabilidad *in contrahendo*, posible en el negocio típico de liberalidad (la donación) es, en realidad, consecuencia de vul-

(65) G. BALBI, *La donazione* (del Trattato di Diritto civile diretto da Grosso e Santoro-Passarelli), Vallardi, Milano, 1964, págs. 5-6.

(66) Cuando Savigny, como recuerda GULLÓN BALLESTEROS, centró la esencia de la donación en el empobrecimiento del patrimonio del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario (cfr. *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Edit. Tecnos, Madrid, 1968, páginas 69-70), se limitó en realidad a señalar unos caracteres perfectamente configurados ya en época de Ulpiano y que se preparan lentamente en función de la *Lex Cincia* del año 204 a. de C., vigente durante toda la época clásica. En tal sentido, es elocuente aquel texto en el que la *donatio sepulturae causa* no constituye propiamente donación por faltar los elementos correlativos, empobrecimiento-enriquecimiento: *definiri solet eam demum donationem impedi solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletio rem* (D. 24, 1,5,8: Ulp. 32 *ad Sab.*), y, sin embargo, se le da tal nombre a los efectos de permitirse entre cónyuges (vid. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, traducción esp. por M. Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, págs. 649 ss., esp., páginas 690 ss.).

(67) LARENZ pone de relieve que sólo procede la indemnización de los daños ocasionados por violar la confianza del donatario en la adquisición de su derecho, no los propios del interés del cumplimiento: *Der zu ersetzende Schaden ist, wie auch sonst bei culpa in contrahendo, nicht das Erfüllungsinteresse, sondern lediglich der Schaden, den des Beschenkte dadurch erleidet, dass er auf den Erwerb des Rechtes vertraut, also z. B. Transportkosten, Aufwendungen für eine (nicht werterhöhende) Veränderung der geschenkten Sache (Schuldrecht. II. Besonderes Teil, 9.ª ed., cit., pág. 123)*. Pero la violación de la confianza del donatario sólo se produce si el donante silencia *dolosa* o *maliciosamente* (*arglistig*) el vicio jurídico o el defecto de la cosa donada. No basta, según LARENZ, una negligencia grave (*grosse Fahrlässigkeit genügt nicht*: *op. ult. cit.*, pág. 124).

nerar esa relación de tráfico prenegocial a que alude MANIGK (68). Y tal situación es prohibida por los principios generales, pues, como se ha señalado, el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato, establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser lesionado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato (69). Diríamos que la defraudación de la confianza en el destinatario de la atribución patrimonial por la conducta dolosa del atribuyente en el momento en que se va a celebrar el negocio reviste especial gravedad en la donación. Evidente, pues que la función de liberalidad (*animus donandi*) y la espontaneidad motivada (cortesía, gratitud, cariño, etc.) se ven heridas de gravedad por la conducta maliciosa del donante. Negocio que tiene su raíz más honda en el afecto y magnanimidad humana, no halla su adecuada conformación y su plenitud funcional desde el momento en que su celebración está viciada por una conducta opuesta a la *bona fides*.

Dispone el artículo 248 del Código suizo de las Obligaciones que «*le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu'en cas de dol ou de négligence grave*».

Il n'est tenu que de la garantie promise pour la chose donnée ou la créance cédée». PIOTET, comentando este precepto legal, pone de relieve que la responsabilidad precontractual inferida del mismo se concreta a tres aspectos: 1. *Culpa in contrahendo en relación de causalidad con el daño derivado de la donación*. Supuesto en que el donante entrega una cosa peligrosa que causa un daño al donatario. Situación que se ha producido con anterioridad a la perfección del negocio donacional y que engendra responsabilidad precontractual sólo en el caso de que el donante haya actuado dolosamente o con negligencia grave (culpa lata). 2. Responsabilidad *in contrahendo en orden a la garantía por vicios o por evicción*. Si el donante se comprometió a sanear, está obligado a hacerlo, y, como en el caso ordinario de la venta, puede admitirse el nacimiento de culpa *in contrahendo* (incumplimiento de un deber asumido antes de perfeccionarse la donación). 3. Otros supuestos de culpa *in contrahendo*, como son fundamentalmente aquellos que conducen inevitablemente a la formación de un contrato ineficaz (70).

Por lo demás, debe pensarse que el donante incurre en culpa *in contrahendo* siempre que se produzca lo que la técnica alemana denomina «*positive Vertragsverletzung*», o sea, una violación contractual que pue-

(68) MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlín, 1939, pág. 271.

(69) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, "Edit. Rev. de Der. Privado", Madrid, 1955, pág. 273.

(70) P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963, págs. 115 ss. A diferencia de los §§ 523 y 524 del B. G. B., que sólo prevén la responsabilidad *in contrahendo* del donante para cuando éste se comporte dolosamente, el art. 248 CO suizo considera también como causa de responsabilidad la *négligence grave*.

de consistir, v. gr., en entregar al donatario una cosa perjudicial (supuesto típico del animal donado que está enfermo y propaga su enfermedad a otros animales del donatario), saber que la prestación resultará imposible y ocultarlo al destinatario; o el caso en que el donante se propone entregar una cosa viciada que sabe de antemano no aceptará el donatario y, sin embargo, éste realiza gastos para ir a recogerla y transportarla a su domicilio. Mas es evidente que la relevancia de la responsabilidad *in contrahendo* por comportamiento del donante opuesto a la *bona fides* sólo puede dimanar de una actuación dolosa o gravemente culposa (*culpa lata dolo aequiparatur*) que antecede a la celebración del negocio (71). Normalmente consistirá en el silencio consciente de vicios o defectos del objeto donado que irroguen un perjuicio al donatario, bien en la cosa adquirida o en su patrimonio a consecuencia de la aceptación.

V

RELEVANCIA PRACTICA DEL *ITER* FORMATIVO DEL CONTRATO Y SUS REPERCUSIONES EN LA DISCIPLINA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La importancia práctica de la etapa precontractual y la necesidad, por ello, de una adecuada disciplina jurídica no puede ponerse en duda si tenemos en cuenta la complejidad del tráfico económico actual. Los acuerdos no se forman muchas veces entre presentes y los cambios se realizan a menudo entre países lejanos. Con frecuencia quien trata, antes de decidirse a conseguir la mercancía, expresa el deseo de examinarla y pide al oferente su envío para constatar personalmente su calidad y decidir si le conviene o no obligarse. Sobre todo, las negociaciones de la etapa precontractual suelen comportar dispendios y notables desembolsos, valores económicos de diversa índole que alguien debe soportar si no se concluye el negocio (72). Con frecuencia los contratos

(71) La culpa grave, como factor generatriz de la responsabilidad precontractual del donante, sólo puede explicarse para algún autor por el carácter cuasicontractual de tal responsabilidad (una exposición y crítica adecuada a la fundamentación cuasicontractual de la responsabilidad *in contrahendo* puede verse en PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., págs. 40-50). Explicación insatisfactoria, entre otras razones, por adolecer de la vacuidad y sentido arbitrario que presenta la doctrina de los cuasicontratos (para una crítica sería a esta doctrina, vid. recientemente Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 393-394).

(72) Es sabido que las negociaciones implican a menudo una pérdida considerable de horas de trabajo, dedicadas a preparar proyectos, entablar contactos con peritos, búsqueda de asesoramientos, viajes, mejoras a realizar en el objeto negociable, etc. Ante el valor inmenso del tiempo en nuestros días, cabe pensar que si una parte defrauda la confianza de la que ocupó muchas horas en preparar una operación negocial, ha lesionado intereses vitales y des-

se hallan afectados de anomalías que pueden incluso ocasionar su nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa *in contrahendo* y que originan el deber de resarcir. Su utilidad no puede reducirse a mera cuestión de discusiones o a la consideración de una pura relación social, sin repercusión jurídica. La relación precontractual es algo inherente al tráfico jurídico de nuestros días, a la necesidad cada vez mayor de exigir a las partes lealtad y corrección en la formación de los negocios jurídicos y a la protección de quien confía fundadamente en la honorabilidad ajena.

Su valoración y relevancia jurídica deriva, pues, de tres factores primordiales: 1. De la forma como se gesta la contratación en nuestros días, precedida, por lo general, de dilatados períodos preparatorios en los que se proyecta, discute y se valoran todas las vías conducentes a la conclusión del futuro convenio. Como se ha señalado acertadamente, el progreso de la técnica, la gran extensión de los negocios y la complejidad cada vez más grande de los objetos materia del comercio jurídico hacen que aparezca, al lado del importante problema relativo a la ejecución de los contratos, el no menos trascendental problema referente a la preparación de los contratos (73).

2. De los gastos y desembolsos realizados frecuentemente en la etapa preparatoria. Ciertamente que el desistimiento, justificado o no, por sí solo no motiva responsabilidad. Pero sí la generan las actuaciones, hechos o circunstancias, a menudo muy costosas, que una parte concluye con las miras puestas en la conclusión del contrato: viajes, diseños, informes periciales, proposiciones rechazadas mientras se planeaba el negocio acariciado, etc., representan inversiones que son objeto de adecuada indemnización siempre que el «conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos pueda ser considerada como acto ilícito» (74), es decir, lesiva para la buena fe exigible en las relaciones sociales. La complejidad del tráfico económico en nuestros días origina con más frecuencia que en otras épocas largas y costosas negociaciones preliminares: no se adquiere un chalet o una vivienda inmediatamente o se crea una sociedad sin discusiones, proyectos y desembolsos. Casi todos los contratos que implican una fuerte movilidad patrimonial se preparan con sacrificio y despliegue de cuantiosas sumas (75).

truido valores económicos que representan la inversión del tiempo en la preparación del contrato.

(73) A. HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, trad. esp. por F. Menéndez Pidal, cit., pág. 8.

(74) ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones. Parte General*, cit., pág. 272.

(75) En autores franceses que se ocuparon del tema a principios de siglo aparecen bien resaltadas las consecuencias prácticas que lleva en sí la responsabilidad *in contrahendo*: por ejemplo, R. SALEILLES, *Responsabilité précontractuelle*, cit., pág. 698; ROUBIER, *Etude sur la responsabilité précontractuelle*, tesis, Lyon, 1911.

3. Los contratos se hallan afectados a menudo por anomalías que pueden incluso provocar su nulidad, anomalías que tienen su origen en la etapa preparatoria. Porque una parte provocó la adhesión de la otra a través de maniobras fraudulentas (dolo) o induciéndola a una defectuosa intelección de la realidad negocial (error), o bien ocultándole cautelosamente su incapacidad para contratar, la ilicitud del objeto propuesto. Bien, en otros casos, no empleando la debida diligencia por lo que se silencian a la contraparte circunstancias que le favorecerían, o se hace uso de reticencias y circunloquios que llevan a contratar sin suficiente libertad en la emisión de la declaración volitiva. Sin duda puede afirmarse que un negocio invalidable o nulo debe su deformidad a vicios que lo corrompieron en su período generador.

Parece claro, en todo caso, que si bien el legislador ha previsto la ejecución de los contratos mediante una rica reglamentación, descuidó su fase preparatoria, sin duda, como se ha señalado, porque en la época codificadora del Derecho francés esta cuestión no había interesado a los jurisconsultos (76). Hoy parece ser otra la reacción de los ordenamientos modernos. Buena prueba es su consagración positiva en Códigos, como el italiano (arts. 1337 y 1338 del C. c. de 1942), el griego (artículo 198) y el portugués vigente (art. 227). En otros muchos se contienen normas que hacen responsables a quienes incurren en *culpa in contrahendo* (§§ 122, 307 y 309 del B. G. B.; arts. 26 y 39, ap. 1.º, del Código suizo de las obligaciones; § 45 del Código checoslovaco). Las decisiones jurisprudenciales sobre el particular son abundantes en estos países, y en algunos, como Alemania, Italia y Francia, existe una copiosa bibliografía surgida después del conocido estudio de IHERING. Las doctrinas del Derecho inglés sobre la *misrepresentation* (77) o sobre

(76) A. HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, cit., pág. 8.

(77) La *misrepresentation* no es susceptible de una formulación general y uniforme. Reviste pluralidad de matizaciones. Pero aproximativamente puede considerarse como la falsa representación, por lo general debida a maniobras dolosas, que una parte contratante provoca en la otra con respecto a elementos esenciales del contrato o circunstancias relevantes del mismo que tiene lugar antes o al mismo tiempo de concluirlo. Cuando reviste carácter fraudulento, procederá la impugnación del contrato y la correspondiente indemnización de los perjuicios causados. Se ejercitará para tal fin la acción de dolo por el daño que se produjo (*tort of deceit*). Con frecuencia se traduce en una descripción de hechos (*representation of fact*) inexactos que provocan una adhesión en la contraparte, cuya descripción se hizo a sabiendas de su inexactitud (conducta dolosa) (para el problema bien reflejado vid. COSSÍO y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 354 ss.). R. RUBINSTEIN aduce el ejemplo típico de quien lee un anuncio en el periódico ofreciendo la venta de un establecimiento por mil libras del que se dice que produce unos beneficios semanales, aproximadamente, de cien libras. Después de algunas cartas y una entrevista con el anunciante, pagamos las mil libras pedidas. Al cabo de algunos días observamos que los beneficios no son de cien libras a la semana; apenas llegan a cincuenta (*Iniciación al Derecho inglés*, trad. esp. por E. Jardi, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 128). Por supuesto que deben probarse varios extremos: existencia de falsa *representación*, actitud dolosa en el enajenante y dificultad

el *estoppel* (78) son exponente de la importancia que se ha otorgado a la responsabilidad derivada de quebrantar la confianza ajena y a la consiguiente necesidad de resarcir los daños ocasionados a quienes en la etapa precontractual fueron víctimas de fraude o engaño (79).

Su utilidad y la congruente perentoriedad de configurar adecuadamente su naturaleza jurídica «no puede reducirse a una mera cuestión de gusto» (80). Es una institución inmersa en el tráfico jurídico de nuestros días, en la necesidad cada vez mayor de exigir a los contratantes lealtad y honradez en las relaciones económicas y en la protección de quien confía fundadamente en la buena fe de los demás.

VI

LA BUENA FE *IN CONTRAHENDO*. ALCANCE Y CONTENIDO

Hemos puesto de relieve que la relación jurídica precontractual no sólo se tipifica por una serie de actos —conversaciones, tanteos, proyectos, peritajes, viajes, etc.— que integran el *iter* formativo del contrato proyectado (elemento objetivo). También se integra por un in-

máxima para detectar el fraude a pesar de emplear la debida diligencia. Pero, en todo caso, la *misrepresentation* viola la buena fe *in contrahendo*, ocasiona un daño que puede repararse mediante la correspondiente acción (*actionable tort*).

(78) El *estoppel* impide el *venire contra factum proprium*, se opone a que la persona repudie sus propios actos si otro contratante se acomodó a ellos para llegar a la prestación del consentimiento. Por lo demás, en el ámbito del mandato y la representación, el *estoppel* motiva responsabilidad por daños y perjuicios que una parte experimenta debido a una falta de comunicación en la actitud o conducta observada normalmente por la otra. "Si ponemos fin a nuestro mandato —señala RUBINSTEIN— debemos notificarlo a cuantas personas están en relaciones con nuestro antiguo apoderado, a fin de que quedemos exentos de toda responsabilidad que pueda derivarse de sus acciones posteriores" (*Iniciación al Derecho inglés*, cit., pág. 58). J. SALMOND nos da una visión del *Estoppel* muy clara, siguiendo el criterio de Blackburn: «*That, where one, by his words or conduct, wilfully causes another to believe in the existence of a certain state of things, and induces him to act on that belief, or to alter his own previous position, the former is precluded from averring against the latter a different state of things as existing at the same time... if, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon it, and did act upon it as true, the party making the representation would be equally precluded from contesting its truth.*...» (J. SALMOND, *Principles of the Law of contracts*, London-Toronto-Sydney, 1945, pág. 74).

(79) Para el estudio detallado de estas instituciones, especialmente la *misrepresentation*, el *estoppel* y el *tort of deceit*, vid. fundamentalmente J. SALMOND, *Principles of the Law of contracts*, cit., págs. 74 ss., 231 ss.; POLLOCK, *Principles of contracts*, London, 1921, págs. 567 ss.; de valor primordial, la obra de CHITTY, *On contracts*, 21 ed., vol. I. *General Principles*, London, 1955.

grediente subjetivo impuesto por los principios rectores del ordenamiento jurídico. Precisamente la exigencia de que las partes que actúan *in contrahendo* se comporten conforme a los dictados de la buena fe. El primer elemento es inherente a esa «relación social» que forma el esqueleto de las negociaciones precontractuales, según recuerda TRIMARCHI (81). El segundo es el que vivifica el *iter ad contractum*, y cuya violación es causa directa de la llamada responsabilidad precontractual. Ambos se recogen como aspectos inescindibles en el artículo 1337 del Código civil italiano. ¿Qué significa la buena fe *in contrahendo*? Conviene precisar las observaciones que ya hicimos sobre el particular en páginas anteriores. HELDRICH señala que en la época clásica del Derecho romano se concibió la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli*. Es en la época justiniana cuando la *actio doli* extracontractual fue sustituida por la *actio bonae fidei* contractual a causa de una extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato (82). Algún autor, como KUNKEL, piensa que ya la jurisprudencia clásica procedió a extender la *actio ex contractu* en los *iudicia bonae fidei* a quien hubiese sufrido un daño por conducta desleal en los tratos preliminares (83). En todo caso, parece evidente que los clásicos, si se trataba de una venta de *res extra commercium*, otorgaban protección al comprador de *buena fe* que hubiese pagado el precio mediante una serie de remedios: acción de enriquecimiento (*condictio*), expediente pretorio de la *actio in factum*, etcétera (84). Con lo que se pretendía tutelar su comportamiento leal *in contrahendo* procurando restablecer el equilibrio patrimonial quebrantado al celebrarse una *emptio-venditio* con objeto de ilícito comercio. Ello parece probar que el requisito de la buena fe precontractual es algo exigible ya desde Roma con idéntica firmeza que en la relación contractual. Diríamos que la buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contractum*. Nos lo recuerda MENGONI en un trabajo jugoso comentando el artículo 1337 del Código civil italiano (85). La buena fe, también aquí, reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social, leal-

(80) BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I, trad. esp. por De los Mozos, cit., pág. 91.

(81) TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, pág. 9.

(82) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924, páginas 3 ss., 25 ss., 40 ss.

(83) Vid KUNKEL, Recensión al trabajo de HELDRICH, *Das Verschulden*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung", XLVI, 1926, págs. 433 ss.

(84) Así parece inferirse de los pasajes: D. 11,7,8,1 (Ulpiano 24 *ad edictum*) y D. 18, 1,23 (Paulo 5 *ad Sabinum*). Importantes consideraciones sobre el particular en V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in Diritto romano*, I, Napoli, Giuffrè, 1952, pág. 132.

(85) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, "Riv. Dir. comm.", v. 54, 1-II, 1956, págs. 361 ss.

tad y fidelidad a la palabra dada. Estado ético o de conducta exigido por el ordenamiento jurídico a través de los principios generales y consiste en que cada parte de la relación precontractual se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no le engañará. Con razón se señala que la buena fe precontractual significa comportamiento leal en las relaciones sociales, causa justificativa de la confianza y, al mismo tiempo, exigencia imprescindible en la conducta preparatoria del negocio. Las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ellas incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta socialmente valorable y exigible. De la *bona fides*, como *standard* normativo, se excluyen los presupuestos psicológicos de las partes y, en concreto, toda referencia al error y a la ignorancia (86). COSSIO pone de relieve que la exigencia de la buena fe, como fuente de obligaciones y de límites impuestos a la conducta humana, debe funcionar en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, así como en el ejercicio de los derechos de cualquier especie (87). Incluso no es exagerado afirmar que «las consecuencias conformes a la buena fe» a que obliga el contrato según el artículo 1258 del Código civil son extensibles, ante una *eadem ratio* que se ofrece evidente, aún con mayor intensidad a la etapa precontractual. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de enero de 1965: «Es precisamente en esta fase donde pueden darse con mayor frecuencia que en la postcontractual conductas que contradigan o falten a la buena fe.» La propia Sentencia, en un plano concreto, señala como situaciones opuestas a la misma: «Cuando con la finalidad de obtener un provecho se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien pudo conocerla, se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella.»

A la buena fe, como lealtad recíproca de las partes que negocian, se opone frontalmente el dolo *in contrahendo*. Nos encontramos aquí, como recuerda COSSIO, con un propósito definido de fraude, ante un engaño que lesiona directamente el principio de la confianza (88). En un orden subjetivo, dolo y buena fe implican conductas antitéticas; los

(86) CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., página 474.

(87) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 247.

(88) COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 271 ss. Al respecto nos recuerda el autor la doctrina de LABBE al señalar que *todo el que se pone en relación con otro para la formación de un contrato se compromete implícitamente a obrar lealmente en las conversaciones preliminares y en la ejecución*. Cuando el dolo se descubre, la otra parte, la parte engañada, queda autorizada a decir a su adversario: «Habéis violado el contrato, habéis faltado a la fe que debe reinar entre los hombres en las relaciones contractuales. No sólo he experimentado un daño, he padecido una falta de fe, es decir, una contravención a la ley del contrato.»

elementos, engaño, *fraus*, *falacia*, *machinatio*, como tipificadores del dolo y que nuestro Código civil recoge en el artículo 1269, son por sí mismos opuestos a la buena fe (*fides bona contraria est fraudi et dolo*, nos recuerda el pasaje de D. 17.2.3.3). El propósito de engañar al otro contratante viola directamente la buena fe, como principio ético jurídico constituyente del clima en el que se desenvuelve el tráfico negocial. De ahí que ya desde los comienzos de la época clásica del Derecho romano el comportamiento opuesto a la *bona fides in contrahendo* fue sancionado por la *actio doli* (89). El dolo civil, por su contenido delictual (90), supone la máxima incompatibilidad con los criterios rectores de la buena fe.

Mas la buena fe *in contrahendo*, como elemento de la relación precontractual, no sólo queda vulnerada por el «propósito de dañar» o conducta dolosa. Cualquier forma de deslealtad en el comportamiento precontractual que suponga violación *conscientemente* de las legítimas expectativas de las partes, se opondría a la buena fe exigida en la etapa preliminar. No se opondría, en cambio, la mera negligencia o culpa simple, sin cualificar por una actuación intencionada. Ello en homenaje a la autonomía privada que debe presidir la fase preparatoria de modo muy especial —las partes que preparan un negocio deben discutir, proyectar y valorar la conveniencia de crear un *iuris vinculum* con libertad— y en homenaje también al progreso del tráfico económico-jurídico, que no puede chocar con obstáculos inútiles. Quienes entran en negociaciones preparatorias de un contrato no pueden hallarse bajo el temor constante de responder por cualquier actuación culposa o negligente. Sólo responderán si su conducta defraudó gravemente la confianza ajena.

(89) En tal sentido, fundamentalmente. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts*, cit., págs 3 ss.; STEINBERG, *Die Haftung für culpa in contrahendo*, Bonn, 1930, pág. 13. Contra el vendedor culpable de dolo en una venta de *locus sacer o religiosus*, el comprador podía actuar con la *actio doli* (D. 18.1.62.1: *quod interfuit eius ne deciperetur*, dice Modestino): cfr. ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni*. Parte Generale, I, Milano, Giuffrè, 1936, pág. 212.

(90) Recientemente ha señalado Reynald OTTENHOF que el dolo civil exige «des manoeuvres, comparables à la machination du droit romain, c'est-à-dire un élément matériel positif (le délit d'omission n'étant pas réprimé à Rome) Le dol civil suppose l'intention de tromper son cocontractant, c'est-à-dire un élément moral: la volonté delictuelle de l'auteur, le dol civil, enfin, c'est constitué que s'il est socialement répréhensible, s'il constitue un *dolus malus*, survivance de la nécessité de l'élément injuste du délit». (*Le droit pénal et la formation du contrat civil*, París, L. D. G. J., 1970, pág. 44.)

VII

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

I. NOCIÓN Y FUNDAMENTO

En términos sencillos y generales puede afirmarse que la responsabilidad precontractual es la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio. En un orden más concreto será la que dimana de vulnerar la *bona fides in contrahendo*. Responsabilidad que se concreta en la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las negociaciones preliminares. No parece admisible al criterio restrictivo de HILDEBRANDT, que configura la responsabilidad precontractual como «violación de un deber de declarar o comunicar» (*Erklärungsverletzung*) (91), o el excesivamente amplio que mantiene DÖLLE, al pensar que no sólo procede la indemnización del daño sufrido por la parte que confió en la validez del contrato, sino de todo daño irrogado a consecuencia de la infracción del deber de diligencia, de modo que ha de ser reintegrada al estado en que se hallaría si el otro contratante hubiese cumplido con su deber de tutela, aclaración y comunicación (92). Lo que supone dar a la responsabilidad precontractual una amplitud similar o idéntica a la contractual. Y esto no es admisible. Mientras las partes en el contrato están ligadas por las obligaciones dimanantes del negocio jurídico patrimonial, quienes se proponen contratar no están vinculados por ningún esquema prestacional. Entre ellas se ha instaurado una relación jurídica especial, *sui generis*, por cuya violación se responde sólo y por violar la buena fe prodrómica de la contractual (93). Ni a las partes se les puede exigir como si estuvieran ligadas por relaciones jurídicas obligatorias, ni sería conveniente hacerlo por su nocividad para el tráfico negocial. El alcance de la responsabilidad precontractual quedaría válidamente compendiado en estas palabras a propósito de la interpretación del artículo 1337 del Código civil italiano: «El daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato es resarcible únicamente si el daño ha sido producido de mala fe» (94).

(91) HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung* ..., cit., págs. 31 ss.

(92) DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, "Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft", 1942, págs. 86 ss.

(93) Según el pensamiento de BETTI, acertadamente interpretado por De los Mozos en nota a la traducción de la obra de aquel autor, *Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88, n. correspondiente.

(94) MENGONI, *op. cit.*, "Riv. Dir. comm.", 1956, pág. 362. Piensa el autor, en presencia del artículo 1.337, que en tal norma se contempla una figura especial de hecho ilícito, donde la medida de la responsabilidad del autor no vendría dada por el canon *culpa-diligentia* que sanciona el artículo 2.043, sino

Ha sido muy debatido el *fundamento* de la responsabilidad precontractual. Es sabido que el autor que por vez primera intentó hallar una *ratio* adecuada a la obligación de resarcir los daños causados *in contrahendo* fue IHERING (95). Punto de partida del autor fue el examen de algunos pasajes de las Fuentes romanas en que se disciplinan los supuestos de enajenación de un *locus sacer* o *publicus*, o de una herencia inexistente sin que el vendedor comunique al adquirente que el bien se halla *extra commercium* o no existe (96). Se preveía como norma general protectora que el perjudicado se beneficiara de la *actio doli* o de la *actio legis Aquiliae*. Mas los pasajes aducidos por IHERING no ofrecían al comprador defraudado tales remedios. Parecía injusto, por otra parte, dejar indefenso a quien con ocasión de la celebración de un contrato había experimentado un daño por la conducta de la otra parte. Y los propios textos le ofrecen al autor una solución reparadora. Observaba IHERING que, aun siendo en tales nula la venta, el contratante de buena fe podía actuar por la *actio ex empto* (97). ¿Cómo era

por la mala fe. De forma que el artículo 1.337 señalaría una singular involución del Código civil italiano hacia el planteamiento originario del Derecho romano clásico, que concebía la responsabilidad precontractual como responsabilidad *ex delicto* sancionada por la *actio doli* (cfr. pág. 362).

(95) En su conocido trabajo *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, cit., págs. 1-112

(96) Recogidos en la pág. 9 de su trabajo citado:

D. 18,1,62,1 (Modestinus): *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius ne deciperetur.*

I. 3,23,5: *loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens eruit quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei licebat, ut consequatur quod sua interest eum deceptum non esse. Idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

D. 11, 7,8, 1 (Ulpianus): *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.*

D. 18,4,1,8 (Javolenus). *Si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emptor a venditore consequatur* 1.9 (Paulus) *et si quid emptoris interest.*

(97) Es sabido que la tesis de IHERING tuvo muchos detractores en sus diversos presupuestos y manifestaciones. Especialmente por lo que se refiere a la interpretación de los textos aportados. ALBERTARIO, por ejemplo, pone de relieve que el principio de que la imposibilidad jurídica del objeto hacía nula la venta no parecía ser válido en el Derecho romano clásico. Así se reconocía válida la compraventa de un hombre libre considerado esclavo, pues si el hombre libre es objeto de posesión, no hay razón para declarar nula la *emptio*, que precisamente en Roma se limitaba a la transmisión posesoria. Sólo en Derecho romano justinianeo queda alterado el pensamiento clásico y se estima que la venta de un *locus sacer vel religiosus* puede ser nula, a pesar de lo cual se halla tutelada por la acción contractual *ex empto*: *licet emptio non teneat, ex empto tamen... experietur*. Incluso en ocasiones se afirma también por los justinianos la validez de la venta de *res extracommercium* si se desconoció esta circunstancia: *et loci sacri et religiosi qui haberi non potest, emptio intellegitur si ab ignorante emitur* (Corso di Diritto romano. Le obli-

posible que se le otorgara una acción contractual, si éste resultaba nulo? Una vez más se puso a prueba su fino espíritu analítico y su rigurosa coherencia dogmática. La conclusión de un contrato no produce simplemente la obligación de cumplirlo. Si tal efecto se excluye por algún obstáculo, como la nulidad, pueden surgir otros, por ejemplo, la obligación de resarcir (98). La nulidad puede tener su causa bien en la inexistencia o ilicitud del objeto (*si nulla hereditas est... loca sacra vel religiosa vel publica*), o en la conducta culposa del vendedor (*deceptus a venditore quis emerit*). En todo caso es menester la buena fe en el comprador, que ignore (*nesciens*) las mencionadas situaciones (99). La relación existente entre los actos cometidos en la etapa precontractual y la nulidad del contrato representó el hilo conductor para hallar el fundamento de la obligación de resarcir. El fundamento se hallaba en la

gazioni, I, cit., págs. 210-215). ARANGIO-RUIZ estima que en el Derecho clásico se consideró siempre nula la venta de *res extracommercium* —*locus sacer vel religiosus vel publicus*— y, en consecuencia, inaplicable la *actio empti*. Pero el comprador de buena fe estaba protegido o por las acciones pretorias *in factum* o, en todo caso, por la *condictio*. Así, en el caso de que el comprador haya pagado el precio de una zona de terreno sagrada o pública (demanial) o dedicada a sepultura, la venta *es nula*, y lo que el comprador haya pagado por esa compra podrá repetirlo como indebido (D. 18,1, 22; Ulp. 28 *ad Sab*; D. 18,1, 23; Paulo 5 *ad Sab*) (cfr. *La compravendita in Diritto romano*, I, cit., páginas 131 ss.). En crítica a Ihering, se presentan las opiniones de Voci. A propósito de los textos aducidos por aquél, pone de relieve el romanista italiano que “en las hipótesis de venta de cosas fuera del comercio *humani* o *divini iuris*, el contrato es *válido* y, en consecuencia, puede ejercitarse la acción contractual. Por lo que no es admisible hablar de responsabilidad *in contrahendo*. Nulidad del contrato existe cuando una *res extra commercium* viene estipulada y no vendida. Precisamente porque tales cosas no pueden ser objeto de *datio*, o sea, de traspaso de propiedad (cfr. Voci, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel Diritto romano classico*, “Scritti in onore C. Ferrini per la sua Beatificazione”, II, págs. 361 ss.; id. *L'errore nel Diritto romano*, Milano, 1937, páginas 146 ss.).

Se adhiere plenamente a la doctrina de Ihering, A. VALENTE, quien no comparte las tesis de Voci. Según VALENTE, los textos invocados por el jurista alemán son clara afirmación de la invalidez de la venta de *res extra commercium*. Precisamente de tal invalidez surgen los presupuestos admitidos por IHERING de la *culpa in contrahendo* y la correspondiente acción indemnizatoria (*Note sulla culpa in contrahendo*, “Annali della Università di Macerata”, XXII, Milano, Giuffrè, 1958, pgs. 313 ss.). Abundando en las ideas de IHERING, piensa este autor que la *responsabilidad in contrahendo* tendría las siguientes características: sería una responsabilidad contractual de naturaleza culposa; presupondría nulidad del negocio debida a: a) Imposibilidad física o jurídica de la prestación. b) Divergencia entre voluntad y manifestación. c) Defecto de la voluntad contractual por revocación de la oferta o por hipótesis similares (op. cit., pág. 315).

(98) IHERING, *Culpa in contrahendo...*, cit., pág. 32: *Der Abschluss eines Contracts erzeugt nicht bloss eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck «Nichtigkeit» des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt.*

(99) IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 10-22.

culpa (*Verschuldung*). La parte que en la fase *in contrahendo* conocía o pudo conocer las causas de invalidez del contrato y no las comunica a la otra parte u obstaculiza su perfección, ha violado la diligencia exigible en el *iter* formativo negocial y debe, por tanto, responder en atención al futuro contrato (100).

No satisfizo a todos la tesis de IHERING. Fue objeto de fuertes críticas dentro y fuera de Alemania. Y, sin embargo, forzoso es reconocer que, aun contando sus enseñanzas con precedentes (101), sentó las bases definitivas de una institución que en mayor o menor grado la doctrina posterior se limitó a retocar y en algunos aspectos desarrollar. La impronta del trabajo de IHERING se observa en aquellas normas positivas que consagraron la culpa *in contrahendo*, bien con carácter general o en manifestaciones concretas (102). Mas es evidente que en el seno de sus contradictores se encontraron otros fundamentos que, o no satisfacen o, en el fondo, no están lejos del señalado por el maestro alemán. Así se piensa que la culpa *in contrahendo* tiene su asiento bien en la *bona fides* inmanente al contrato celebrado —p. ej.: en relación con la compraventa— (103), en la *actio doli* (104) o no debe separarse de la responsabilidad aquiliana (105). Incluso se acude al llamado principio

(100) IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 23 ss.

(101) Así, DOMAT considera —basándose en el famoso pasaje de las l. 3, 23.5— que los contratos nulos por cualquier causa (p. ej., por enajenación de cosa sagrada o pública), a pesar de su invalidez, tienen como efecto obligar al resarcimiento de los daños e intereses a aquel que los produjo: cfr. *Leges civiles iuxta naturalem earum ordinem* (editio prima latina), Venetiis, 1785, lib. I, tit. I, sect. 1.^a, n. 14, pág. 46.

(102) Así § 463 del B. G. B.: “Si al tiempo de la compra le falta a la cosa vendida una cualidad afirmada —por el vendedor—, el comprador puede exigir, en lugar de la redhibición o de la reducción, indemnización de daños a causa de no cumplimiento. Lo mismo vale si el vendedor ha ocultado dolosamente una falta” (según la traducción del B. G. B. por Melón Infante. Bosch, Barcelona, 1955, pág. 95). El precepto, inspirado en las doctrinas de IHERING, plasmó en el B. G. B. por influencia de F. LEONHARD, *Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlüssen*, Discurso tenido en la Universidad de Göttingen el año 1896.

(103) Así BECHMANN, *System des Kaufes nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884, pág. 434, en crítica a Ihering, señala: *Sondern einfach auf die dem Kaufkontrakte «immanente bona fides», deren Wirksamkeit von dem Vorhandensein der objectiven Erfordernisse der Gültigkeit ganz unabhängig ist.*

(104) En tal sentido MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht. II. Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig, 1879, págs. 17 ss. y *passim* que se opuso a la tesis de Ihering considerando extraña a las fuentes romanas la doctrina de la culpa *in contrahendo*.

(105) Según DERNBURG, la teoría de la culpa *in contrahendo* es demasiado vaga y no conforme con las fuentes del Derecho romano. La teoría se sacó arbitrariamente de los principios de la *Lex Aquilia*. Quien ocasiona un daño en la fase de tratos preliminares tiene a su disposición una acción extracontractual y no, como admite Ihering, una acción de índole contractual (*Pandette*, II, *Diritto delle Obligationi*, trad. it. por F. Bernardino Cicala, Torino, 1903, páginas 31 ss., esp. pág. 35, n. 10).

de la motivación (*Veranlassungsprinzip*) del daño que obliga a su reparación (106).

Sugestiva es la tesis de FAGGELLA sobre el fundamento de la responsabilidad *in contrahendo*. Tal responsabilidad no se basa ni en un vínculo contractual, ni en la culpa *in contrahendo*, ni en la asunción de una garantía, ni en un mandato o en una *negotiorum gestio*, como algunos autores pensaron. Sólo se justifica porque las partes consintieron en tratar, en entrar en negociaciones, expresa o tácitamente, con vistas a la formación del futuro contrato. Evidentemente son libres de desistir o no, de apartarse del trato. Mas ahí se agota su derecho. Quien se aparta ha destruido un valor patrimonial del que negociaba confiado, representado por los gastos y proyectos fallidos del contrato proyectado (107). Son los principios generales del Derecho los que imponen la reparación del daño ocasionado al patrimonio ajeno por la intempestiva retirada prenegocial (108). Por lo demás, FAGGELLA reconoce que el uso lícito y libre de un derecho no es enteramente independiente de la obligación de resarcimiento. Quien se aparta de las negociaciones preliminares lo hizo usando de su derecho, mas la consecuencia no es el *neminem laedit*. Por el contrario, quien, confiado en la honorabilidad ajena, consintió en tratar, y en base a tal confianza hizo gastos, elaboró proyectos, realizó viajes, etc., ha sufrido una pérdida patrimonial que la otra parte está obligado a reparar (109). Su tesis fue recibida con cariño por SALEILLES y aceptada en muchos aspectos, si bien su punto central

(106) MELINGER, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht, sowie dem deutschen B. G. B.*, Zürich, Zürcher Furrer, 1898, págs. 145 ss. La obra se nos presenta como una dura crítica a la tesis de la culpa *in contrahendo* y a la de la *actio doli*. A su vez, debe reconocerse, con L. BARASSI, que la doctrina de la "ocasionalidad" del daño, sostenida por Melinger, no satisface por demasiado superficial, excesivamente tiránica, poco equitativa. Se armoniza mejor con el temperamento rudo de los pueblos primitivos, pero no puede admitirse en nuestros días (Nota crítica a la obra de MELINGER, en *Archivio giuridico*, V, 62, Módena, 1899, págs. 591-596, cfr. esp. pág. 594).

(107) FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, "Arch. giuridico", 82, 1909, págs. 129 ss.

(108) Tal doctrina la considera FAGGELLA resistente a todas las posibles objeciones y construida sobre sólidas bases científicas. Rechaza, en cambio, como razones justificativas la *equidad* o la *buena fe*, tan alegadas siempre como elementos basilares de la responsabilidad precontractual, pues que se trata de criterios empíricos, variables de caso a caso y siempre dejados a la apreciación arbitraria del juez. Son factores elásticos y mudables según las personas, lugares, grado de educación, de cultura; dependientes de los usos y costumbres, de las circunstancias concretas del momento histórico. Los conceptos de equidad y buena fe responden a valoraciones éticas que adquieren valor de norma jurídica cuando el legislador, directa o indirectamente, apela a ellos (*Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, cit., pág. 130).

(109) FAGGELLA, *op. ult. cit.*, págs. 149 ss.; id *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, cit., págs. 271 ss. Crítica de esta posición a la luz de nuestro Derecho positivo en Cossio, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 279 ss.

justificativo lo encuentra en que las partes, desde el momento en que mantienen conversaciones preliminares con las miras puestas en la conclusión del contrato, se obligan a comportarse de acuerdo con la *equidad comercial* y la *buena fe*. Quien desiste del *iter* negocial, defrauda la confianza de la otra parte cuya seguridad está determinada por la equidad comercial y la buena fe. La violación o el ataque a estos criterios objetivos, y no la idea de culpa, condicionarán las circunstancias y extensión del resarcimiento (110).

Evidentemente, todas las doctrinas enunciadas tienen un denominador común: la necesidad de reparar el daño ocasionado por defraudar injustamente la confianza en la honorabilidad ajena. Si la relación jurídica precontractual es una relación basada en el principio de la confianza, su quebrantamiento intencionado que produzca un daño patrimonial implica lesionar la buena fe impuesta por el ordenamiento jurídico a quienes se introducen en el tráfico jurídico. Los llamados «intereses de la confianza» proporcionan *ratio* suficiente para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar *in contrahendo* (111).

2. NATURALEZA JURÍDICA. LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR «IN CONTRAHENDO»

El profesor de la Universidad de Lausanne, PAUL PIOTET, en su meritoria monografía sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho suizo, considera el problema de su naturaleza como el más controvertido de la figura en aquel ordenamiento (112). Realmente ha sido el aspecto más discutido en todo el ámbito del Derecho comparado. Lógico, pues que no se trata de una mera cuestión conceptual. De su adecuada configuración dependen las consecuencias prácticas originadas en orden a la extensión y alcance de la obligación de indemnizar. Prin-

(110) SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle*. "Revue Trimestrielle de Droit civil", 1907, págs. 697 ss.

(111) La idea, por lo demás, no es nueva. Ya WINDSCHEID puso de relieve en este sentido: "En cuanto al fundamento de la obligación de resarcir, se puede establecer el principio general de que todo contratante debe responder de las consecuencias lesivas ocasionadas por defraudar la confianza —*fiducia*— que suscitó en la otra parte de obtener una utilidad o la adquisición de un derecho de crédito" (*Diritto delle Pandette*, II, 1.^a parte, trad. de Fadda y Bensa, Torino, 1904, pág. 187, n. 5). Criterio aceptado por BARASSI: "Se debe responder por los daños ocasionados al lesionar la confianza en la adquisición de una utilidad prometida" (Recensión a la obra de Melinger, en *Arch. giuridico*, v. 62, 1899, pág. 594). El mismo fundamento es admitido por CROME. *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I. *Einleitung und allg Theil*, Tübingen und Leipzig, 1900, págs. 413 ss. Para una valoración adecuada de los llamados por la doctrina anglosajona "intereses de la confianza" vid. L. L. FULLER y W. R. PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. y comentario de P. Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

(112) P. PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., pág. 24.

principalmente por lo que se refiere a la prescripción de la acción para exigir el resarcimiento.

El problema se concreta en determinar si nos hallamos ante una responsabilidad contractual, aquiliana, o, en todo caso, si se trata de una responsabilidad *sui generis* con reglas propias. Fue IHERING quien formalmente inició la tesis contractualista. En presencia de las fuentes observó que el perjudicado en la etapa preparatoria del contrato no siempre podía actuar por la *actio doli*, que castigaba fundamentalmente una conducta engañosa, ni por la *actio legis Aquiliae*, que presuponía daño a personas o cosas. En cambio, determinados textos la otorgaban una acción contractual (113). Tal otorgamiento de acciones contractuales se ha atribuido a los bizantinos y tiene su explicación, al decir de HELDRICH, en que aquéllos se propusieron someter la responsabilidad *in contrahendo* a las reglas de la responsabilidad contractual en homenaje a la idea de que las partes deben observar el imperativo de la buena fe desde el momento en que se relacionan para formar el contrato. Ligados formalmente al principio clásico de la tipicidad de las acciones, no encuentran otro medio que no sea extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato (114). Parece clara la tendencia justiniane a terminar con el carácter infamante de la acción de dolo y a reprimir cualquier situación culposa o dolosa —lesiva a la *bona fides*— con acciones contractuales. Se piensa, de este modo, que así se opera una tutela más eficaz (115).

La culpa *in contrahendo* es, pues, la cometida con ocasión de celebrarse un contrato, distinta de la aquiliana como expresión del *neminem laedere*. Puede afirmarse que la doctrina contractualista ha sido dominante en Alemania (116). Aparte la influencia de las doctrinas de

(113) IHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 9 ss.

(114) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, cit., págs. 40 y 57.

(115) HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, cit., págs. 5 ss.

(116) Es muy frecuente entre los autores alemanes pensar que las negociaciones preliminares instauran una "relación de confianza semejante a la contractual": vid. HAMBURGER, *Treu und Glauben am Verkehr*, cit., pág. 138; H. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, cit., páginas 544 ss. (los tratos, además, suponen parte integrante de la relación contractual que se instauró con la invitación a tratar. Por el solo hecho de invitar a las negociaciones, piensa STOLL que surge un acto jurídico unilateral creador de obligaciones contractuales). O se estima que las negociaciones preliminares originan relaciones jurídicas obligatorias *ex lege* ("que tendrían naturaleza similar a las contractuales"): *Mit dem Eintritt Vertragsverhandlungen entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Verhandlungsparteien* (BLOMEYER, *Allgemeines Schuldrecht*, 4.^a ed. Verlag F. V. GmbH, Berlín und Frankfurt a. M., 1969, pág. 72). En idéntica dirección los partidarios de la doctrina del "contacto social" entre los que tratan: por todos, fundamentalmente DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, cit., págs. 73 ss. Posturas siempre atacadas por el grado de ficción que suponen son, por ej. la de HILDEBRANDT, quien justifica la indemnización de los daños materiales o corporales causados por una de las partes a la otra con ocasión de los tratos ba-

IHERING, dos factores han contribuido decisivamente a pensar que las negociaciones preliminares tienen naturaleza y vinculación similar a la del contrato: de una parte, que el B. G. B. no consagra una noción general de delito civil; se limita únicamente a exponer diversos supuestos de actos ilícitos que obligan a su reparación (cfr. §§ 823 y 826). De otra, la posibilidad de que el dueño de un negocio se libere de toda responsabilidad por los actos de sus auxiliares (§ 831). La doctrina y la jurisprudencia estiman, en cambio, que el *dominus* responde siempre por culpa *in contrahendo* de sus auxiliares si se aplican las reglas sobre responsabilidad contractual (117). En todo caso se piensa que el «contacto social» característico de las negociaciones preliminares se concreta en una relación semejante al contrato («cuasicontractual») (118), cuya violación hace responsable a la parte del mismo modo que cuando se lesiona un deber contractual (119).

En otros países, como Italia, Francia y Suiza, ha predominado el carácter delictual o extracontractual de la responsabilidad *in contrahendo*. Con relación al Derecho suizo, PIOTET prueba suficientemente que los deberes precontractuales son deberes generales y no relaciones obligatorias concretas. Su violación entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad por hecho ilícito. El ordenamiento suizo conoce una noción amplia de delito civil —a diferencia del alemán—, pues el artículo 41 C. O. establece que todo acto lesivo obliga a quien lo comete a su reparación. Mientras la responsabilidad contractual es específica y

sándose en que entre ellas se concluyó un *contrato tácito* por el que se comprometieron a conducirse honesta y lealmente en el desarrollo de las negociaciones. Las partes se comportan, pues, como auténticas *Rechtsgesäftsbeteiligte* (*Erklärungshaftung*, cit., págs. 225 ss., 124 ss.). Con argumentos de indiscutible fuerza sostienen el carácter contractual de la responsabilidad *in contrahendo*, LEONHARD, *Allg. Schuldrecht des B. G. B.*, I, München und Leipzig, 1929, págs. 544 ss.; HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, cit., págs. 40 ss.; K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, "Arch. f. civ. Praxis", 151 (1951), páginas 501 ss. No falta quien piensa que las negociaciones precontractuales constituyen por sí mismas un auténtico contrato que prepara la conclusión del contrato definitivo (FISCHBACH, *Vorbereitende Rechtsverhältnisse*, "Arch. f. d. bürgerliche Recht", 41 (1915), págs. 160 ss.). Una exposición y análisis crítico de la doctrina germánica al respecto puede verse en PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 24-50, y en BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 122 ss.

(117) Cfr. PIOTET, *Culpa in contrahendo*..., cit., págs. 31 ss.

(118) ... *Der soziale kontakt, der generell im Ladengeschäft oder nach individueller Offerte im Handelsverkehr auf einen Vertragsschluss hinsteuert, begründet so ein Pflichtverhältnis eigener Art. Es wird insofern zutreffend als «vertragsähnliches» Verhältnis bezeichnet, als es die gesteigerten Rücksichtspflichten und Aufklärungspflichten schafft, die für ein vertragliches Schuldverhältnis typisch sind* (J. ESSER, *Schuldrecht*, 4.^a ed., I. Allg. Teil, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1968, pág. 374).

(119) ... *deren Verletzung sie in derselben Weise verantwortlich macht, wie die Verletzung einer Vertragspflicht* (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Allg. Teil, cit., pág. 90).

excepcional, no sucede lo mismo con la delictual, que reviste un carácter general. Eso, al menos, es cierto para el Derecho suizo. Por lo que el autor no duda en pensar que la llamada culpa *in contrahendo* reviste siempre carácter delictual o legal (120).

En Italia la doctrina mayoritaria (121) y la jurisprudencia están de acuerdo en que la violación del deber de buena fe impuesto por el artículo 1337 del Código civil a las partes que tratan es fuente de responsabilidad extracontractual. La culpa *in contrahendo* es culpa aquiliana. La Corte Suprema de Cass argumenta así: 1.º El daño ocasionado a otros a través de la iniciada formación o de la conclusión de un contrato que después no se concluye o resulta nulo es consecuencia de la violación del deber genérico *alterum non laedere* y, por tanto, un daño extracontractual. 2.º En el comportamiento de quien lesiona el deber de lealtad en los tratos se reconocen los caracteres propios del llamado hecho ilícito. 3.º No puede hablarse de responsabilidad contractual desde el momento en que en la fase preliminar no ha surgido un *iuris vinculum*.

Un giro importante se observa últimamente en algunos autores frente al criterio jurisprudencial y al mantenido tradicionalmente por la doctrina. Existe la opinión de que el principio de la buena fe objetiva consagrado en la fase preliminar por el artículo 1337 del Código civil presupone en todo caso un especial vínculo obligatorio: hay un deudor y

(120) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., pág. 28 ss

(121) En esencia, los argumentos jurisprudenciales tienen su origen en el común sentir doctrinal, para el que el comportamiento doloso o culposo en las negociaciones preparatorias de un contrato supone un hecho ilícito que engendra la obligación de resarcir. Si los tratos tienden a instaurar una relación contractual, ellos en sí no vinculan; su violación, por no ajustarse a los dictados de la buena fe, sólo lesiona el deber general *alterum non laedere*, de cuyo quebrantamiento nace una responsabilidad extracontractual: vid. fundamentalmente FRAGALI, *Dei requisiti del contratto*, "Comm. cod. civ. diretto da M. D'Amelio e E. Finzi", *Libro delle Obligazioni*, I, Firenze, 1948, pág. 368; BARASSI, *La teoria generale delle Obligazioni*, I, *Struttura*, 2.ª ed. Milano, 1948, página 117; PACCHIONI, *Obligazioni e contratti* (a cura di Grassetti), Padova, 1950, pág. 64; GALLO, *Trattative precontrattuali e perfezionamento del contratto*, "Giurispr. Cass. civile", II, 1954, pág. 162; BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*, I, 6.ª ed., Torino, 1965, pág. 370; CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 485 ("la relación de fiducia establecida entre las partes en los tratos no es aún un vínculo obligatorio; y esto justificaría la exclusión de la culpa *in contrahendo* como culpa contractual. La lesión de la esfera jurídica ajena fuera de todo vínculo obligatorio, configura la culpa aquiliana. La violación de la buena fe *in contrahendo* constituye un hecho ilícito de naturaleza extracontractual). BETTI se inclina a pensar que elegir una u otra posición en el fondo es cuestión de preferencia. Con todo, no deja de reconocer que todavía no existe una relación obligatoria; mas por el solo hecho de ponerse socialmente en contacto surge para ambas partes el deber recíproco de lealtad y de probidad prenegocial, que impone, eventualmente, no sólo deberes negativos, sino también deberes positivos, consistentes en revelar la realidad de las cosas, tal y como cada uno las conoce, según su ciencia y conciencia (*Teoria general de las Obligaciones*, I, trad. esp. por D^o los Mozos, cit., págs. 90-92 y ss.).

un acreedor. Se piensa que tal precepto consagra una auténtica responsabilidad contractual. La obligación de comportarse conforme a la buena fe tiene su fuente en el hecho de iniciar las conversaciones preliminares, hecho con aptitud, igual que los contratos y los actos ilícitos, para engendrar obligaciones. El daño ocasionado por incumplir tal obligación puede designarse como «contractual», en cuanto dicha denominación comprende cualquier acto lesivo productor del incumplimiento de obligaciones, bien tengan éstas su génesis en el contrato o en otra fuente (122). Con argumentos de toda índole ha defendido la tesis contractualista MENGONI: en primer lugar, el principio de la buena fe —en sentido objetivo— se ha desarrollado históricamente y se ha conservado como una dirección especial de las relaciones jurídicas obligatorias. Por lo que ir contra la buena fe equivale a incumplir, de forma que en el lenguaje romano *fidem praestare* supone cumplimiento de una obligación (123). La aplicación del principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor (arg. ex art. 1175 del C. c.). En segundo lugar, MENGONI emplea un argumento de índole sistemática en apoyo de su tesis: el artículo 1337 tiene un alcance muy amplio, en cuanto no sólo inspira los artículos 1338 y 1398, sino que al mismo se vinculan las normas de los artículos 168, ap. 3.º; 798, 1578, 1812 y 1821 del Código civil, en las que la obligación de comportarse según la buena fe en la etapa formativa del contrato se reduce a la obligación de comunicar al destinatario de la entrega de la cosa, objeto de ciertos contratos, los vicios de la misma. Ahora bien: la doctrina casi unánime reconoce naturaleza contractual a la responsabilidad conectada a la violación de la obligación de declarar los vicios (124). Y entonces no se comprende por qué la violación de la regla del artículo 1337 daría lugar a responsabilidad aquiliana en el supuesto de que después no se concluya el contrato, mientras daría lugar a responsabilidad contractual en el caso opuesto; si

(122) DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 2ª ed., vol. I, Milano. Giuffrè, 1966, pág. 98. Defienden también la naturaleza contractual de la culpa in contrahendo, STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in "Foto it.", 1954, I. col. 1100; MIGGIANO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, "Nuovo Diritto", 1954, pág. 485.

(123) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 364 ss., siguiendo a KRÜGER, en "Zeitschrift Sav. Stiftung", 11 (1890), páginas 183 ss.

(124) Tal como se recoge en el artículo 1.338 del Código civil italiano, a cuyo tenor «la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto». Señala MENGONI que puede considerarse aislada la opinión de PLANIOL-RIPERT (*Traité elem. de droit civil*, II, París, 1952, número 2.895), para quien la obligación de resarcir impuesta al comodante que ha callado los vicios de la cosa conocidos por él, configuraría una responsabilidad extracontractual basada en el dolo (MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 365 ss.).

único es el principio directivo de estas normas, de igual naturaleza deber, en todo caso, la responsabilidad conexas (125).

En presencia del artículo 1337 del Código civil italiano, también BENATTI se adhiere a la tesis de MENGONI sobre la naturaleza contractual de la culpa *in contrahendo*, añadiendo una serie de argumentos que, en síntesis, se reducen a considerar: 1.º Históricamente, la buena fe objetiva, tal como se refleja en la citada norma, surgió y se desarrolló en el ámbito de las relaciones jurídicas obligatorias. 2.º Las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe en el artículo 1337 tienen «*al promuovimento e al soddisfacimento*» de las expectativas de un determinado sujeto, y, por tanto, se diferencian de las originadas en el artículo 2043 (126), que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno. 3.º Los deberes que encuentran su fuente en el artículo 1337 presentan los caracteres de la *obligazione*. En la que se da la bipartición de dos correlativas situaciones jurídicas subjetivas: pasiva (deudor) y activa (acreedor). 4.º La comparación del artículo 1337 con otros preceptos del Código civil: artículos 1710, ap. 1.º; 1768, ap. 2.º; 1718, ap. final; 1494, ap. 2.º, le llevan a afirmar la conexión de la culpa *in contrahendo* con la disciplina del artículo 1218 del Código civil, que establece la responsabilidad del deudor para el caso de que no cumpla con exactitud la prestación (127).

No faltan quienes piensan que la culpa *in contrahendo* constituye un *tertium genus* de responsabilidad (128). Y, sobre todo, existen ordenamientos en los que el problema no admite discusión, bien por carecer de una tradición doctrinal sólida, al contrario que en Alemania, o no estar consagrada positivamente con carácter general, frente a lo que ha acontecido en Italia o en Portugal (129). Tal sucede en el Derecho

(125) MENGONI, *op. ult. cit.*, pág. 366. El autor considera, en la página 372, que sólo la concepción de la culpa *in contrahendo*, como supuesto de responsabilidad contractual, permite extender el concepto de representación a la actividad desarrollada por el representante durante el proceso de formación del contrato y, por tanto, permite comprometer o vincular la responsabilidad del representado también en el caso de que el poder haya sido conferido en base a una relación de mandato. Últimamente se adhiere a la tesis contractualista de la responsabilidad precontractual, N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, cit., pág. 256.

(126) Sinónimo del artículo 1902 del Código civil español, en cuanto dicho precepto del Código civil italiano dispone: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*»

(127) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., págs. 126 ss., esp. páginas 129 ss.

(128) Por todos, SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo e apparenza*, "Riv. Dir. comm.", 1951, II, págs. 82 ss.

(129) El artículo 227 del novísimo Código civil portugués de 1966 recoge la culpa na formação dos contratos: "1. *Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que*

argentino, pues, como apunta BREBBIA, no cabe allí otra solución que considerar la culpa *in contrahendo* regida por las normas atinentes a la culpa extracontractual o aquiliana (arts. 1066, 1109 y concordantes del Código civil). Ello no significa, empero, que la culpa nacida en el período precontractual no revista caracteres intrínsecos propios que la individualizan de la culpa extracontractual originada por hechos ilícitos (130).

En el Derecho español, y a falta de una normativa concreta que discipline la responsabilidad precontractual, la doctrina, en general, ampara su consagración fundamentalmente en la responsabilidad por hecho ilícito, tal como se recoge en el artículo 1902 del Código civil (131).

culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498." Lo que supone considerar la culpa *in contrahendo* como culpa aquiliana, pues que somete el plazo de prescripción de la acción para exigir la reparación al fijado para pedir la indemnización por hecho ilícito. El artículo 498 se comprende dentro de la sección dedicada a la disciplina de la responsabilidad civil (arts. 483 y ss.).

Una exposición de los preceptos del vigente Código civil portugués relativa a culpa *in contrahendo* confrontados con los preceptos correspondientes del Código civil italiano de 1942, puede verse en F. BENATTI, *A responsabilidade précontratual* (com a correspondência entre os preceitos do Direito italiano e do português), traducción de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Livraria Almedina, Coimbra, 1970, págs. 183-194.

(130) Tales caracteres, según BREBBIA, derivan, en primer término, de que los sujetos vinculados precontractualmente no pueden ser otros que los que conciertan el convenio, mientras en la culpa aquiliana, los sujetos activos y pasivos pueden ser personas extrañas, sin ninguna relación previa entre sí. En segundo término, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar a que alude el artículo 512 del Código civil, como criterio de apreciación del grado de diligencia que debe observarse, varían sensiblemente en los casos de culpa precontractual y aquiliana (cfr. *Responsabilidad precontractual*, cit., págs. 50-51). Con lo que el autor parece seguir inconscientemente el criterio híbrido defendido por autores como SACCO (*op. ult. cit.*, págs. 86 ss.) y GUHL (*Das schweizerische Obligationenrecht*, 5.^a ed. Zurich, 1956, págs. 93 ss.).

(131) Así DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, cit., pág. 223; id. *Anotaciones a Betti, Teoría general de las Obligaciones*, I, cit., pág. 88; SANTOS BRITZ, *La contratación privada*, cit., pág. 99, si bien uno y otro autor reconocen que la culpa al concluir el contrato es la determinante de algunos artículos del Código civil (1.474 ss., 1.590, 1.687, 1.716, 1.725, 1.765 y 1.804); MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., piensa que dentro del ordenamiento positivo español la responsabilidad derivada del desistimiento injustificado de los tratos preliminares puede fundamentarse en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código civil (cfr. págs. 43 ss.); ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de obligaciones. Parte General*, cit., pág. 272, manifiesta que en nuestro Derecho carece de autonomía la ruptura injustificada de los tratos como causa del deber de indemnizar. Es sólo un caso más de culpa *extracontractual* a regirse por el artículo 1.902, cuando concurren los requisitos de éste; vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 191, quien, muy avanzado en sus planteamientos sobre la responsabilidad precontractual, desborda el simple esquema de la ruptura injustificada de los tratos, distinguiendo diversos supuestos: sólo para el caso de que las negociaciones hayan sido iniciadas de mala fe o prolongadas a partir de un determinado momento de mala fe, esto es, sin un propósito serio de concluir el

O bien se apoya su construcción en la doctrina inferida de algunos artículos del Código civil (1725, 1270, 2.º; 1482, 1474 y sigs., p. ej.), que funcionaría como auténtico principio general del Derecho (132). Se configura, pues, como una responsabilidad extracontractual referida concretamente al desistimiento injustificado de los tratos. Desbordando el contexto del artículo 1902, F. MENÉNDEZ PIDAL configura en nuestro Derecho la responsabilidad *in contrahendo* como un supuesto de responsabilidad objetiva basada en la idea de riesgo creado en la etapa formativa del contrato que debe reparar quien lo originó (133). Hay en esta tesis una evidente influencia de doctrinas francesas, especialmente de SALEILLES. No es admisible en el ordenamiento español que, como apunta COSSÍO, no ha llegado aún a una formulación del principio de la responsabilidad objetiva, pues se parte siempre —salvo casos excepcionales— de la idea de culpa y no de la de riesgo (134). Entre esos supuestos de excepción no se incluyen, ciertamente, los actos ilícitos cometidos con ocasión de las negociaciones preliminares.

Estimamos oportuno formular algunas observaciones, al objeto de hallar una adecuada configuración de la responsabilidad precontractual. Son, simplemente, líneas directrices, no construcciones definitivas:

1.º Debe pensarse, con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, que tratándose de daños y perjuicios derivados tanto de relaciones contractuales como extracontractuales, lo que surge del acto originador de los mismos es una auténtica «obligación de resarcir o indemnizar», nunca una responsabilidad (135). La doctrina es aplicable al caso que nos ocupa. Del quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, si ocasionó perjuicios a una parte, surge una obligación de resarcir a cargo de quien violó la lealtad en las negociaciones preliminares.

2.º La etapa preparatoria es *iter ad contractum*, no fase contractual. Los contratantes, según el artículo 1258 del Código civil, están ligados a lo pactado y, además, a las consecuencias conformes a la buena fe. Quienes se hallan en etapa preliminar actúan con plena autonomía,

contrato, el deber de indemnizar encuentra su fundamento en el artículo 1.902 del Código civil, pues el comportamiento causa del daño constituye un ataque ilícito a la esfera de libertad del otro contratante (*op. y loc. ult. cit.*).

(132) Así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 10 ed., Madrid, 1967, pág. 469; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, *Obligaciones y Contratos*, 3.ª ed., Madrid, 1970, pág. 367, inspirándose en las *Anotaciones*, II-1.º, 227 de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER.

(133) F. MENÉNDEZ PIDAL, *Apéndice sobre el Derecho español a la traducción de Hilsenrad, las obligaciones precontractuales*, cit., págs. 165 ss., esp. 182 ss. Crítica acertada por MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, cit., página 43.

(134) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 280.

(135) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Imputabilidad y responsabilidad objetiva*, A. D. C., XXI-3, julio-septiembre 1968, pág. 604.

y el único freno es la lealtad recíproca (136). Mientras ésta no se viole, no puede decirse que existe una relación jurídica obligatoria, con un deudor y un acreedor. La buena fe es *todo* en la etapa precontractual; un *plus* en la contractual.

3.º Evidentemente, quien causa un daño a otro en la fase preparatoria del contrato por su actuación dolosa incurre a mayor abundamiento en la sanción del artículo 1902 del Código civil, y lo mismo cabe decir si se revoca la oferta de contrato en perjuicio del destinatario. No es fácil deslindar en la práctica cuándo hay negociaciones previas y cuándo proposición en firme. Mas es evidente que en uno y otro supuesto —salvo renuncia y fijación de un plazo de irrevocabilidad— la parte es libre de apartarse del *iter* generador del contrato (137). Si bien la que experimentó un daño patrimonial derivado inmediatamente de la lesión de la buena fe, ostenta un derecho de crédito para obtener el resarcimiento. Es preciso probar la violación de la buena fe para invocar la aplicación del artículo 1902, pues que la responsabilidad objetiva está tipificada legalmente en nuestro Derecho y no se comprende el supuesto del daño producido *in contrahendo*.

4.º No obstante la posibilidad genérica de encuadrar la responsabilidad precontractual en el artículo 1902, no es aventurado afirmar que parece exigir reglas propias. De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del *alterum non ledere*. De otro, la obligación de indemnizar *in contrahendo* tiene su base en el quebrantamiento de la confianza (138), en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una

(136) DE CUPIS tiene razón cuando señala que las partes en fase de negociaciones preliminares quieren su propia libertad; en razón de ella mientras se prepara el contrato conservan aquella soltura de movimiento y poder autodeterminante connatural al buen desarrollo de los negocios. Si la autonomía no se respeta, el tráfico negocial sufre una gran rémora. Mas es evidente que quien, haciendo uso de su libertad, daña la confianza de la contraparte, debe responder (*Il danno*², I, cit., pág. 102).

(137) Considera DÍEZ-PICAZO, a mi entender con toda razón, perfectamente lícito el desistimiento del contrato por una de las partes operado antes de su documentación *ad solemnitatem*; e igualmente cuando hay ruptura de las negociaciones iniciadas de buena fe, incluso por motivos fútiles o no razonables; pues en tal caso no hace otra cosa que ejercer su libertad, y ni moral ni jurídicamente puede considerarse que estaba obligado a contratar (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., pág. 191). En definitiva, debe pensarse que quien programa la conclusión de un contrato no se vincula por esquema alguno prestacional y, en consecuencia, no tiene otros límites que los derivados de lesionar la buena fe y la legítima confianza inspirada a la otra parte.

(138) En los llamados por la doctrina alemana "daños de la confianza" (*Vertrauensschaden*), es decir: «es ist also Schaden zu ersetzen, der dem Berechtigten dadurch entstanden ist, dass er auf das Verhalten des Partners vertraut hat» (H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, Verlag C. H. Beck München, 1969, pág. 36).

relación jurídica contractual. Sería preferible considerar que la denominada responsabilidad precontractual se resuelve en una *obligación de indemnizar*, nacida de una conducta dolosa o cuasidolosa productora de un daño en el *iter* formativo del contrato.

3. EL INTERÉS RESARCIBLE

¿Hasta dónde llega la obligación de indemnizar? Es opinión consolidada, si bien ha adquirido muchas variantes, que el resarcimiento se extiende al que IHERING denominó «interés contractual negativo»: daño que la parte experimentó por haber confiado honestamente en la validez del contrato. Al lado del interés negativo o por no haberse concluido el contrato o haberlo concluido inválidamente, estaría el «interés positivo» o en el cumplimiento, que comprendería todas las ventajas patrimoniales resultantes si el contrato se hubiere celebrado (139). La doctrina del interés negativo, como módulo de la responsabilidad *in contrahendo*, fue acogida por algunos Códigos (art. 198 del C. c. griego; § 45 del C. c. checoslovaco; 1338 y 1398 del C. c. italiano vigente; §§ 122, 307 y 309 del B. G. B.). El interés negativo se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados «daños de la confianza», por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría, de que las negociaciones se llevaban con seriedad y conducirían al resultado apetecido; en definitiva, por haber fiado en la existencia y validez del contrato, si se llegó a celebrar (140).

Como señala la Corte de Cass italiana, la responsabilidad precontractual no supone el resarcimiento de todos los daños contractuales sufridos por la otra parte, sino sólo de los perjuicios englobados en el llamado «interés negativo» —*id quod interest contractum initum non fuisse*—: es decir, los gastos que la contraparte hizo en previsión del futuro contrato —viajes, informes periciales, asesoramientos, etc.—, así como las pérdidas ocasionadas por desaprovechar ocasiones favorables de celebrar un contrato con otras personas (C. de 10 de octubre de 1962, número 2919). Mas es menester, para que sea viable la petición del resarcimiento —el cumplimiento de la que hemos denominado *obliga-*

(139) *Ein Interesse an der «Aufrechthaltung» des contracts, also an der «Erfüllung», hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde* (interés positivo) .. y und sodann als ein Interesse am «Nichtabschluss» des Contracts, hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äussere Thatsache des Contractsabschluss gar nicht vorgekommen (interés negativo): cfr. IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz...*, cit., pág. 16.

(140) Cfr. LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, M. D. R., 54, pág. 515; *Lehrbuch des Schuldrechts*⁹⁰. I. Allg. Teil, cit., pág. 94; E. D'HAM, *Bürgerliches Recht. I. All. Teil. Recht der Schuldverhältnisse. Sachenrecht*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart. Berlín. Köln. Mainz, 1968, pág. 82.

ción de indemnizar por quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*—, en primer lugar, que se haya confiado legítimamente en la honorabilidad de la conducta ajena, por signos objetivos e inequívocos que induzcan a fiarse normalmente de la seriedad de las programaciones generadoras del contrato. En segundo término, es menester que el desistimiento de los actos preparatorios obedezca a mala fe, es decir, a un comportamiento doloso o gravemente culposo, lesivo de los cánones que presiden «la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente» (141). Finalmente, es preciso que se ocasione un perjuicio patrimonial, representado por los gastos realizados en atención al contrato proyectado o por las pérdidas sufridas en cuanto que la actitud dolosa de la parte impidió a la otra, confiada en su honorabilidad, celebrar el negocio con otros proponentes.

En verdad que es muy difícil calcular uno u otro interés. Entre otras razones porque el «interés contractual negativo», como bien se ha señalado, puede encerrar, como los demás daños, una pérdida patrimonial positiva —v. gr.: los desembolsos hechos— o la frustración de una ganancia probable, v. gr., la que se hubiera obtenido de la celebración de otro contrato (142). No es fácil dar reglas para determinar la extensión objetiva del resarcimiento. Debe ser el juez quien, ante el grado de lesión de la *bona fides*, las circunstancias delimitantes de cada supuesto concreto, el tipo de negocio que se preparaba y los gastos reales desembolsados en el *iter* formativo del negocio, fije el *quantum* de la indemnización.

4. ACTOS QUE ENGENDRAN RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL. DIVERSAS HIPÓTESIS

Señalaba IHERING una serie de supuestos que implicaban *culpa in contrahendo* reconducibles a tres grupos fundamentales: incapacidad de las partes (*Unfähigkeit des Subjects*), incapacidad del objeto (*Unfähigkeit des Objects*) e inexactitud de la voluntad contractual (*Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens*). Esta última, a su vez, revestía dos manifestaciones según que la inexactitud sea de la declaración (*der Erklärung*) o de la propia voluntad interna (*des Willens selber*) (143). Como supuestos de incapacidad de las partes, se enumeran por IHERING aquellos en que un contratante es inducido a celebrar el negocio por dolo o fraude; en que el acreedor es engañado por el deudor, etc. Casos de ineptitud del objeto: quien celebra un contrato sabiendo que la prestación es imposible, o que es ilícita. El desconocimiento de estas cir-

(141) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., página 46.

(142) HANS A. FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, trad. por W. Roces, Madrid, 1928, pág. 99.

(143) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz...*, cit., páginas 44 ss., 56 ss.

cunstancias para la contraria le puede acarrear evidentes perjuicios (144). Supuestos de anomalías volitivas: si alguien omitió comunicar a la otra parte el desistimiento del contrato y ésta lo cumple, responde quien no fue diligente en la notificación de desistir; quien yerra por error craso responde de los daños ocasionados por su culpa al destinatario de la declaración; quien se sirve de expresiones poco claras para aprovecharse de las ventajas que pueda ofrecerle la contraparte, o emprende una actividad aparente, ocasionará con frecuencia daños; quien emite declaraciones de voluntad simuladas, erróneas, por broma, etc. (145).

Realmente han sido múltiples los intentos doctrinales por agrupar los diversos supuestos que originan responsabilidad precontractual. HILDEBRANDT, por ejemplo, distingue entre: 1.º Actos jurídicos inválidos por circunstancias anteriores al contrato. 2.º Actos jurídicos válidos, pero desfavorables para una parte. 3.º Daños indirectos que defraudan la confianza (146). PIOTET, por su parte, distingue tres supuestos que engendran responsabilidad precontractual: 1) Inexistencia del acto jurídico. 2) Otorgamiento de un acto jurídico ineficaz. 3) Otorgamiento de un acto jurídico eficaz, pero que puede ser invalidado, resuelto o rescindido (147).

Estas y otras posibles agrupaciones de los supuestos de culpa *in contrahendo* (148) no parecen exhaustivas o, en todo caso, no están correctamente formuladas. Nosotros preferimos ofrecer una clasificación sencilla que, de forma enunciativa, abarque las manifestaciones concretas en que existe obligación de indemnizar por violación de la buena fe en la etapa preparatoria del contrato. Tal obligación puede tener su fuente o manifestarse en: A) Deber de comunicación o información. B) Deber de secreto. C) Deber de custodia y conservación. D) Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio. E) Por actos de auxiliares o del representante. F) Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato. G) Revocación de la oferta. H) Supuestos varios. En particular los gastos de la confianza. Examinemos brevemente cada una de estas hipótesis.

A) *Deber de comunicación o información* (en la terminología germana, «*Erklärungspflicht*» y «*Anzeigepflicht*», respectivamente): Se com-

(144) IHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz*..., cit., páginas 63 ss. En tales supuestos, la culpa *in contrahendo* faculta para el ejercicio de la acción contractual, según la conocida doctrina del autor. Un ejemplo más, recogido en la página 67 del famoso trabajo, "parece" corroborar su tesis: «*Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor*» (D. 19,1,21).

(145) IHERING, *Culpa in contrahendo*..., cit., págs. 48 ss.; 63 ss.

(146) HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*..., cit., págs. 173 ss.

(147) PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., págs. 126 ss.

(148) Pueden verse en BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., páginas 35-79; últimamente, F. I. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, 1971, págs. 173-180.

prenden fundamentalmente los supuestos de nulidad contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra. Queda obligada a reparar el daño que ésta pueda haber sufrido por confiar sin su culpa en la validez del contrato (el art. 1338 del C. c. italiano recoge este supuesto); responsabilidad del donante por los daños causados al donatario a causa de los vicios de la cosa donada sabidos y callados dolosamente (§§ 523 y 524 del B. G. B.), o del vendedor por la cosa entregada que conociendo los vicios no los hizo saber al comprador; igualmente del depositante y comodante por los defectos de la cosa depositada o prestada no comunicados a la otra parte. El depositario y el comodatario tienen derecho a exigir la indemnización correspondiente por infracción de la *bona fides in contrahendo* (los supuestos se prevén en los §§ 694 y 600 del B. G. B., respectivamente). Caso de quien concluye un contrato sabiendo que la prestación es imposible: deberá indemnizar a la otra parte por el daño causado a causa de la omisión precontractual (§ 307 del B. G. B.) (149). Como es sabido, la tesis de IHERING sobre la *culpa in contrahendo* partió de unos pasajes de las fuentes romanas en los que se violaban deberes de información. Sobre el problema nos hemos detenido suficientemente en páginas anteriores.

Dentro del deber de comunicar está el caso del apoderado que no hace saber a la parte con la que trata la revocación del poder, o bien negocia preliminarmente excediéndose de las facultades que le confirió el *dominus*. El *falsus procurator* responde de los daños ocasionados al tercero que confió sin su culpa en la validez del contrato. El supuesto está contemplado en el artículo 1398 del Código civil italiano. La jurisprudencia considera que se trata de un caso de responsabilidad por culpa *in contrahendo*, particular aplicación del principio general recogido en el artículo 1338, y al que antes aludimos (150). Se considera también como otro posible supuesto la declaración falsa o reticente de circunstancias conocidas por el asegurado determinantes de un consentimiento que no se habría dado o se habría dado de otra forma por el asegurador. Se ha infringido, por ejemplo, el deber de comunicar la exacta descripción del riesgo.

(149) Preceptos del B. G. B. aducidos por LARENZ, entre otros autores, para fundamentar la obligación de indemnizar *in contrahendo* por los daños inferidos a la confianza: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Allg. Teil, 10 ed., cit., página. 91

(150) Según el artículo 36, ap. 2.º del *Code des Obligations* suizo: «*Si le représenté ou ses ayants droit négligent d'y contraindre le représentant, ils répondent du dommage qui pourrait en résulter à l'égard des tiers de bonne foi.*» Comentando el precepto advierte PIOTET que si el representado o sus causahabientes sabían o debían saber que determinada persona trataba con el *falsus procurator* ignorando la revocación del poder, aquéllos deberán advertirlo al tercero. Si violan este deber de información, responden precontractualmente (*Culpa in contrahendo*, cit., pág. 107). Realmente, representado y *falsus procurator* obraron de mala fe y se constituyeron deudores solidarios de la obligación de indemnizar en fase preliminar.

Pienso que en todos estos casos la responsabilidad precontractual la engendra directamente el comportamiento opuesto a la buena fe: conducta dolosa o cuasidolosa. No la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. Las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad, como eje central de la etapa preparatoria del negocio, exigen que sólo se responda cuando el deber de comunicación o información se infringe *conscientemente* o por negligencia crasa (cuasiequiparación de la culpa lata al dolo).

B) *Deber de secreto*: En el curso de las negociaciones preparatorias puede ocurrir que por las preguntas de una parte la otra se vea obligada a comunicar secretos de fuerte repercusión patrimonial. Su violación puede ser causa de responsabilidad precontractual. Como se ha señalado, debe tratarse de un secreto confiado, es decir, de una información confidencial útil para las negociaciones y no de una mera indiscreción; de algo conocido a raíz de los tratos y no meramente durante ellos (151). Los deberes de secreto afectan, sobre todo, al ámbito de los usos mercantiles, de la contratación bancaria y de las relaciones laborales. Recuerda BENATTI, a modo de ejemplo, la situación del trabajador que durante la etapa de negociaciones preliminares con la empresa obtiene noticias referentes a los métodos de producción, por ejemplo, y los divulga. Lo que podría determinar consecuencias nocivas para el empresario (152).

C) *Deber de custodia y conservación*: Surgen, por lo general, cuando una de las partes que negocia ha expresado el deseo de examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlas. Si hay una pérdida o deterioro culposo o negligente, el *dominus* puede actuar al amparo de la culpa aquiliana. Sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de la confianza. Violaría también gravemente la buena fe precontractual quien se hiciera mostrar una serie de modelos y luego interrumpiera los tratos, pero aprovechara las ideas de aquéllos para construir su propio modelo, cuando de las circunstancias resultara que no las habría obtenido de no mediar las negociaciones (153).

D) *Daños que una parte sufre con ocasión de las negociaciones preliminares en la salud o en el patrimonio*: Según la doctrina alemana, por el hecho del «contacto social» en las negociaciones surge un deber

(151) F. J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, cit., página 79.

(152) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pág. 40.

(153) Así F. J. LÓPEZ DE ZAVALIA, *Teoría de los contratos. Parte General*, cit., pág. 179.

de proteger (*Schutzpflicht*) a la parte que prepara la conclusión del contrato para evitarle posibles daños en la salud o en la propiedad (*Gesundheit und Eigentum*) (154). Un ejemplo de este supuesto nos lo ofrece el § 694 del B. G. B., al establecer que el depositante ha de indemnizar al depositario los daños que le ocasione la cosa depositada, a no ser que al hacer el depósito no conozca ni tenga por qué conocer la naturaleza peligrosa de la cosa o que se la haya notificado al depositario o que éste la haya conocido sin notificación. En definitiva, la culpa *in contrahendo* del depositante nace de la mala fe por no poner en conocimiento del depositario la nocividad de la cosa depositada, siempre que supiera o pudiera saber con normal diligencia tal circunstancia.

Casi todos los autores que han analizado la responsabilidad precontractual mencionan como supuesto típico de este grupo el famoso «*Lino-leumfall*». El *Reichsgericht* aplicó las reglas de la responsabilidad precontractual al dueño de un almacén, porque la posible compradora y su hijo, mientras trataban con el dependiente, resultaron heridos al caer sobre ellos unos rollos de *linoleum* mal colocados por éste en sus correspondientes estantes. Pienso que tanto este caso como otros similares que puedan acaecer en el curso de las negociaciones preliminares me recuerdan la disposición del artículo 1910 del Código civil español, el conocido *effusum et deiectum* de las fuentes romanas; al menos, existe cierta analogía. Claro que la situación del «*linoleumfall*» se produce en el curso de las conversaciones preliminares. Mas también es evidente que las lesiones sufridas por la eventual adquirente nada tienen que ver con los intereses de las negociaciones preliminares o de la posible conclusión del contrato. Por lo demás, en el supuesto en cuestión el daño se produjo por culpa o negligencia. Entra de lleno en la responsabilidad por hecho ilícito; en nuestro Derecho aplicaríamos, sin duda, el artículo 1902 del Código civil. ¿Dónde está aquí la violación de la *bona fides in contrahendo*, la conducta dolosa, fraudulenta o desleal de la que únicamente puede brotar la obligación precontractual de indemnizar?

E) *Por actos de auxiliares o del representante*: La doctrina alemana, tomando como parangón el § 278 del B. G. B. —que prevé la responsabilidad del deudor por culpa del representante legal o de auxiliares de los que se sirve para realizar la prestación—, estima que quien trata en nombre de otro origina para el poderdante una relación jurídica de negociaciones preliminares. Por lo que éste responde si el apoderado quebranta la confianza suscitada en la otra parte. El representado se obliga *in contrahendo* a indemnizar los daños inferidos por la conducta del representante. De igual modo responde el *dominus* por la violación de la buena fe *in contrahendo* si se ha servido para negociar

(154) Vid., por ejemplo, ESSER, *Schuldrecht*⁴, I, cit., págs. 376-377; H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., pág. 35; BLOMYER, *Allgemeines Schuldrecht*⁵, cit., pág. 72; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*⁶, I, cit., pág. 94.

de sus auxiliares (*Verhandlungshilfen*) (155). Se estima, con razón, que el fundamento —si bien referido al § 278 para el supuesto de *Erfüllungshilfen*, es válido para la etapa preliminar— está en la ampliación del círculo negocial del deudor y, por tanto, de la esfera del riesgo (156). Tan sólo respondería el representante si tiene interés directo en la conclusión del contrato y en aprovecharse de las negociaciones que lleva a cabo (157). La asunción del negocio ajeno como propio le hace directamente responsable o, en todo caso, consorcialmente con el representado.

PIOTET considera que en el Derecho suizo responde el *dominus* precontractualmente por la actividad de sus auxiliares o de su representante (158). En consecuencia, puede afirmarse que si dependientes, ayudantes o apoderado quebrantan la buena fe *in contrahendo* por dolo, amenazas, lesiones a la otra parte o transmisión inexacta de la voluntad del *dominus* por negligencia grave, etc., durante las negociaciones preliminares, debe responder el representado o dueño del negocio. Sería un supuesto de responsabilidad «indirecta», como en los casos del artículo 1903, ap. 4.º, o del artículo 41 de la Ley de 26 de julio de 1957 en el Derecho español, por ejemplo. En todo caso, para quienes prefieran encuadrar la culpa *in contrahendo* en la responsabilidad contractual, podríamos decir que, como en el supuesto del deudor, el *dominus* que trata por medio de otros es víctima de una objetivación de la responsabilidad por exigencias económicas y jurídicas. Existe, también, una relación de confianza por cuya virtud el principal asume las consecuencias de los actos de los dependientes (*the servant's act is the master's act*) (159).

(155) Por todos, vid. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., páginas 95-96.

(156) Así, afirma LARENZ: *Der Grund der Verantwortlichkeit für «Erfüllungsgehilfen» liegt also in der durch die Verwendung von Hilfspersonen eintretenden Erweiterung des Geschäftskreises des Schuldners und damit seines Risikobereichs* (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pág. 219).

(157) Tales ideas no son compartidas, como es sabido, por BALLERSTEDT, quien aplica un régimen diverso según tipos de representación. En caso de *representación legal*, el representante es parte únicamente en la relación de confianza y él solo responde, en consecuencia, por culpa *in contrahendo*. Si se trata de representación *subordinada* al representado, sólo éste se enmarca en la relación fiduciaria y el representante nunca responde precontractualmente. Finalmente, si la representación es *independiente* (corredor, abogado, etc.), el representante, por lo general, no es parte en una relación de confianza ni, por tanto, responsable personalmente. Con todo, el representante independiente puede obligarse precontractualmente de dos modos: subsidiariamente, a manera de caución, cuando la parte con quien negocia se ha fiado plenamente de su representación; o bien cuando se presenta al tercero como un *alter ego* del *dominus* (*Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, cit., págs. 517 ss.). Con razón critica PIOTET esta doctrina por complicada e imprecisa en la distinción de los diversos supuestos de representación. Especialmente no reposa en ninguna base legal (*Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, cit., pág. 73).

(158) PIOTET, *Culpa in contrahendo*, cit., págs. 80 ss.

F) *Ruptura o prolongación innecesarias o con mala fe del trato*: Hay también un comportamiento desleal *in contrahendo* cuando los tratos se prolongan innecesariamente por saber de antemano que no se celebrará el contrato, o se rompen injustificadamente —desistimiento intempestivo o arbitrario (160)— en fase que haría concebir a la otra parte legítimas expectativas. La ruptura infundada (161) de las negociaciones preliminares supone, por lo general, una defraudación de la confianza, una conducta dolosa. Se estima, generalmente, que la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos es preciso suceda en etapa avanzada (162), es decir, en un momento en que lógicamente se han suscitado legítimas expectativas en orden a la conclusión del contrato. Cuando han tenido lugar desembolsos por confiar fundadamente en la honorabilidad ajena.

Es opinión difundida que del deber precontractual de lealtad deriva la obligación de no apartarse de los tratos sin justa causa. La tesis, extraña a los escritores del Derecho común y al mismo IHERING, se remonta a las doctrinas de FAGGELLA. Realmente, debe admitirse plenamente la facultad de desistir de las conversaciones preliminares. En ningún momento de su desarrollo son vinculantes. Es más: puede afirmarse que infinidad de tratos se interrumpen, no «devienen» contrato. Ello es normal, pertenece a la esencia de las negociaciones. Lo que ya no resulta normal es, por ejemplo, prolongar los tratos de mala fe, negociar sin pensar concluir el contrato, aprovecharse de la ignorancia o buena fe de la otra parte, provocar gastos innecesarios sabiendo de antemano que en cualquier momento romperá el trato; llevar las conversaciones preliminares sirviéndose de astucia, fraude o maquinaciones dolosas para engañar al contrario y captar su voluntad, etc. En definitiva, se lesiona la *bona fides* precontractual cuando se vulnera la confianza ajena tratando innecesariamente o apartándose sin motivo suficiente de las relaciones prenegociables. Siempre que de esta conducta se origine un daño al patrimonio de la contraparte, surge una auténtica obligación de indemnizar por *culpa in contrahendo* (163).

(159) Conformes con DÍEZ-PICAZO en orden a la responsabilidad del deudor por la actividad de los auxiliares (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., págs. 713-714).

(160) Importantes observaciones sobre el particular en MORENO QUESADA. *La oferta de contrato*, cit., págs. 50 ss.

(161) Sería fundada, por ejemplo, la ruina del que las rompe, traslado a otra ciudad (ALBALADEJO, *Derecho civil*. II. *Derecho de Obligaciones*, cit., página 273), estado de necesidad, fuerza mayor y, en general, circunstancias que escapen a la esfera de la buena fe en el tráfico jurídico.

(162) Así afirma M. DE JUGLART que la ruptura de los tratos *ne peut avoir lieu sans motifs valables quand les pourparlers sont assez avancés, sous peine de dommages et intérêts* (*Cours de Droit civil*, I. *Biens. Obligations*, Ed. Montchrestien, París, 1970, pág. 128).

(163) Así apunta MORENO QUESADA que para que surja la responsabilidad preliminar es necesario que, como consecuencia de su desarrollo y de la retirada injustificada, se produzca un daño en el patrimonio del contratante

G) *Revocación de la oferta*: Lo admitido para los tratos es extensible a la oferta de contrato como etapa precontractual. Si no se ha señalado un plazo de mantenimiento o no hay renuncia a la facultad de revocar, el proponente es libre de retirarla. La autonomía de la voluntad, espina dorsal de la etapa precontractual, y las exigencias del tráfico económico-jurídico, fundamentan la posibilidad de revocar libremente la oferta. Mas si ello ha ocasionado un daño al destinatario, no puede quedar impune. Estamos ante un claro supuesto de responsabilidad precontractual. La revocación de la oferta (164), se ha dicho, no está en pugna con los más elementales principios de buena fe y cuyo quebranto supone siempre el nacimiento de una obligación de indemnizar (165). Si la revocación lesiona intereses de quienes se proponían aceptarla, defrauda legítimas expectativas apoyadas en el principio de la confianza, no se hace en forma rápida y eficaz para reducir los posibles daños al eventual aceptante, se rechaza al proponente por circunstancias irrelevantes, etc., no cabe duda que se origina un acto ilícito en sede preparatoria del contrato, del que nace una responsabilidad *in contrahendo*.

H) *Supuestos varios. En particular, los gastos de la confianza*: Señalamos una serie de supuestos *ad exemplum* no enmarcables en los apartados anteriores, pero que en todo caso se agrupan bajo el denominador común de «daños inferidos a la confianza» con ocasión de preparar el contrato. Así, piénsese en los contratos celebrados por miedo, intimidación o estado de necesidad. Aparte del ejercicio de la acción de nulidad, procede la acción correspondiente para exigir la reparación de los daños que ocasionó su forzada celebración. Quien realiza un largo viaje para negociar la venta de un inmueble, de un solar, de un bien mueble valioso, etc., que el vendedor se comprometió a no enajenar a un tercero hasta tratar con la otra parte, se hace acreedor de la correspondiente indemnización si cuando se entrevista con aquél ya procedió a su enajenación. Son indemnizables los daños que el objeto negociable produzca al posible adquirente durante las negociaciones por culpa grave del propietario, v. gr., accidente de automóvil o lesiones que ocasiona un animal cuya adquisición se pretende, etc. Igualmente,

(*La oferta de contrato*, cit., pág. 53). Es decir, surge la obligación de indemnizar *in contrahendo* cuando la violación de la confianza origina una lesión patrimonial en quien se fió de las negociaciones desarrolladas aparentemente con seriedad.

(164) Admitida por el T. S. en diversas sentencias. Así, por ejemplo, la del 16 de marzo de 1961: "...la unilateral declaración de voluntad carece de sustantividad y puede ser retirada voluntariamente antes del conocimiento de su aceptación; no existe, pues, ningún efecto vinculante..." No puede retirarse la oferta si se hizo para estar vigente durante un determinado plazo o comprometiéndose a no retirarla durante un cierto tiempo (ALBALADEJO, *Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones*, cit., págs. 278-279). En este segundo supuesto hay renuncia a la facultad revocatoria de la proposición.

(165) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 297.

los daños causados al destinatario cuando el negocio se celebró por error inexcusable. También los desembolsos realizados por una parte en interés común del contrato proyectado, no los hechos en interés exclusivo, si la otra parte defrauda la confianza en el *iter* formativo del negocio. Incurre en responsabilidad precontractual el vendedor que enajena la cosa sabiendo que no es propia y no se esfuerza en procurarse el dominio. Su conducta revela un *dolo in contrahendo*. Igualmente, las declaraciones inexactas o reticentes en orden al contrato, hechas con dolo o culpa grave. Confiando en que se va a constituir una sociedad, uno de los posibles socios, fundadamente confiado en la honestidad de los demás, alquila un local, organiza una campaña de publicidad, adquiere maquinaria, etc., y después no se lleva a efecto el contrato. Los demás socios desisten injustificadamente de seguir tratando. Quien desea construir un hotel en terreno de su propiedad y convoca a diversos contratistas para encomendar la obra a quien le ofrezca mejores condiciones, responde si prolongó las conversaciones preliminares con el seleccionado y más tarde desiste del proyecto de edificar. Deberá indemnizar el interés negativo, por ejemplo, si el contratista elegido desaprovechó la oportunidad de negociar con otros oferentes.

En todo caso, bueno será recordar que los casos examinados en los diversos apartados y otros posibles sólo engendran responsabilidad precontractual si concurren estas dos circunstancias: que se origine un daño para una parte durante la etapa preparatoria del negocio. Y que exista auténtica violación de la buena fe *in contrahendo* a través de una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa (*dolo in contrahendo*) que defrauda la confianza de la otra parte. El comportamiento simplemente culposos o negligente generaría responsabilidad aquiliana, según el artículo 1902 del Código civil, no típicamente precontractual. En diversas ocasiones, a lo largo de nuestra exposición hemos tenido ocasión de señalar nuestra posición sobre este punto.

VIII

CONFIGURACION JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A lo largo de los epígrafes anteriores hemos tomado conciencia de la responsabilidad precontractual en nuestro Derecho, y marcamos las líneas generales para su adecuada estructuración. Ha faltado en España una doctrina monográfica sobre la *culpa in contrahendo*, tan abundante en el Derecho comparado, debido sin duda a la ausencia de una disciplina legal específica y a la panacea del artículo 1902 del Código civil. Las enseñanzas de la jurisprudencia, como consecuencia de la deficien-

cia normativa y científica, son negativas, pues claramente se establece que «el período preparatorio no liga ni produce vínculos jurídicos» (Sentencia de 9 de marzo de 1929), o se le califica de mero concepto *doctrinal* que sólo es exigible si hay acuerdo previo (Sentencia de 10 de marzo de 1949). Quien se ha sentido lesionado por actos dañosos preliminares, o acude a las reglas de la responsabilidad contractual si el negocio llegó a perfeccionarse (supuestos de vicios en la cosa objeto del contrato) o acude a la culpa aquiliana por la vía del artículo 1902 del Código civil, si el contrato no se concluyó. Frecuentemente, cuando el negocio no llegó a perfeccionarse, la parte defraudada se queda con los daños irrogados y no intenta ejercitar la acción correspondiente por no encontrar un cauce directo en la que tendría que ser disciplina específica de la responsabilidad precontractual. Es hora de que al tema se le dedique la atención que merece, más complejo que la simple ruptura injustificada de los tratos y su posible reparación, hoy más relevante que nunca dada la forma como se gesta la contratación en el mundo económico moderno. No puede continuar siendo un puro incidente de la «fase formativa del contrato».

La doctrina española, según evidenciamos en páginas anteriores, trata de darle viabilidad al amparo de los principios generales del Derecho inferidos de algunos preceptos del Código civil (arts. 1270, ap. 2.º; 1725, 1486, ap. 2.º; 1804 y, sobre todo, del art. 1902 del C. c.) (166). Con buen criterio se invoca para su efectividad el principio de la buena fe, de manera que es posible hablar de *bona fides in contrahendo* (167), o se hace responder por la conducta dolosa en los tratos «como cuando se inician unas conversaciones con el propósito exclusiva de alejar a la parte de otro trato y, una vez conseguido tal objeto, se produce el abandono. Nos encontramos aquí ante un propósito definido de fraude, no ante un mero abandono caprichoso del trato, y es indudable que tal conducta dolosa, en cuanto produce daño, constituye propiamente un delito civil» (168). Un planteamiento adecuado y moderno lo realiza Díez-Picazo. Con cierta amplitud se cuestiona la configuración de la

(166) A partir, sobre todo, de las enseñanzas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus *Anotaciones a Enneccerus*, II-1.º (2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau), Barcelona, Bosch, 1954, págs. 231-232. Reconocen estos autores que si bien nuestro Código civil no sanciona expresamente la culpa *in contrahendo*, hay un apoyo para su construcción en los artículos 1.725 y 1.486 del Código civil. Apoyo pequeño, afirman. Sin embargo, no dejan de insistir en que el artículo 1.725 es lo bastante elocuente para poder tomarlo como arranque de una doctrina de la culpa *in contrahendo*. Si el legislador estimó justo una indemnización de los daños y perjuicios que para el tercero resulten de la frustración del contrato intentado, o sea, el interés negativo o interés de la confianza, ¿qué obstáculo se opone a la extensión por analogía si el anhelo de justicia es el mismo en todos los casos semejantes? Los ilustres comentaristas apoyan también la consagración de la culpa precontractual en los artículos 1.270, apartado 2.º, y 1.486, apartado 2.º, del Código civil (*op. y loc. ult. cit.*).

(167) DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, cit., pág. 223.

(168) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pág. 281.

responsabilidad precontractual. Su valoración, fundamento e hipótesis posibles son analizadas dentro de las perspectivas que ofrece la doctrina comparada y según las consecuencias emanadas de quebrantar los «intereses de la confianza» (169).

De conformidad con los criterios que hemos ido exponiendo, pensamos que su adecuada estructuración debe tener en cuenta la idea integradora de *relación jurídica prenegocial*, en la que se comprende el procedimiento formativo del acto jurídico desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme. Tal relación, presidida por el principio de la buena fe, que se prolonga a la etapa de perfección y conclusión (art. 1258 del C. c.), puede ser violada, bien negándose infundadamente a contratar, o consintiendo intencionadamente anomalías de los que después serán elementos negociales. Mas en todo caso «el daño injusto que una parte ha ocasionado a la otra durante la etapa preparatoria de un contrato origina la *obligación de indemnizar* si se realizó defraudando intencionadamente la confianza depositada».

¿Hay bases para su admisibilidad en nuestro ordenamiento? Evidentemente sí, pues no hay inconveniente, por aplicación de los principios generales rectores de la contratación, en extender la aplicación de la buena fe negocial a la etapa preparatoria. Hay una razón analógica evidente. Mas, aparte de esta fundamentación de principio, el Derecho positivo español ofrece preceptos legales que dan pie para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar por lesionar la buena fe *in contrahendo*. Así:

1. El Código civil admite la acción de resarcimiento cuando se trata de dolo *in contrahendo* de carácter incidental. Si bien, como señala Cossío, ningún precepto del Código civil excluye la aplicación de la acción de resarcimiento en los casos de dolo causante (170). El dolo, como maquinación fraudulenta que puede perjudicar, causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación precontractual de resarcir, al amparo del artículo 1270, ap. 2.º, del Código civil. Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procedería la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte (171).

(169) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, cit., páginas 188-192.

(170) Y, en cambio, los artículos 1.101 y 1.902 del Código civil abonan la idea de que el dolo, como delito civil, ha de ser fuente de daños y perjuicios, tanto si lo reputamos como una forma de dolo contractual o bien de dolo extracontractual: el artículo 1.101 en un caso y el 1.902 en otro ofrecerán fundamento a la acción de indemnización de daños y perjuicios (Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 365-366).

(171) Interesantes observaciones sobre la valoración y forma de ejercitar ambas acciones, de anulabilidad y resarcimiento, en el dolo causante *in contrahendo*, pueden verse en Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., páginas 365-372.

2. Determinados preceptos del Código civil pueden servir de base para entablar la acción de resarcimiento por actuación dolosa o culpablemente grave en la etapa preparatoria: el vendedor que conoce los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifiesta al comprador. Además de la opción entre la acción redhibitoria y estimatoria, la actuación con mala fe *in contrahendo* otorga al comprador la acción para reclamar daños y perjuicios (arts. 1486, ap. 2.º, y 1487). Igualmente, si el vendedor no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente. El comprador puede exigir la indemnización correspondiente durante un año a contar desde el otorgamiento de la escritura (art. 1483). Arrendador que incumple la obligación de entregar la cosa en condiciones de servir al uso a que se destina, si conoció los vicios o defectos y no los notificó al arrendatario (arg. ex art. 1556 del C. c.) (172). Supuesto del mandatario que obra en nombre del mandante y traspasa los límites del mandato (artículo 1725): queda responsable personalmente de los daños irrogados a los terceros que confiaron en su apoderamiento. Los terceros carecen de acción para obligar al mandante, pero no para exigir responsabilidad *in contrahendo* al *falsus procurator* (173). Responsabilidad no por *comodato*, sino por culpa precontractual sería la que surge para el comodante en la hipótesis de no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada. Responde para con éste de los daños que *por tal causa* hubiese sufrido (art. 1752). Igualmente el depositante, si ocasionó daños con mala fe al depositario por vicios conocidos de la cosa depositada (art. 1779). Serían supuestos *ad exemplum* en los que nace una obligación de indemnizar por comportamiento desleal —incumplimiento del deber de notificar o comunicar— en la etapa preparatoria del contrato.

3. También en el ámbito del Derecho mercantil hay algunos preceptos que consagran deberes precontractuales: así el artículo 95 del Código de comercio señala como obligaciones de los agentes comerciales «proponer los negocios con exactitud, precisión y claridad, absteniéndose de hacer supuestos que induzcan a error a los contratantes» (número 2.º), «guardar secreto en todo lo que concierne a las negociaciones que hicieren, y no revelar los nombres de las personas que se las encarguen...» (núm. 3.º). Se impone, por tanto, el deber de comunicar sin reticencias y de guardar secreto mientras se prepara el negocio encargado. Como es sabido, las ventas mercantiles no se rescinden por lesión; mas en todo caso el contratante que ha procedido con malicia o

(172) El supuesto ha sido apuntado por BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS como posible caso de culpa *in contrahendo* por negociación ilícita (*La obligación de sanear en el arrendamiento*, "R. D. P.", 1964, pág. 379, n. 32).

(173) Como afirma la Sentencia de 6 de diciembre de 1944, "si el mandatario se excede de los límites del mandato, sin dar conocimiento suficiente de sus poderes, es él quien está en falta, no la parte con quien contrató."

fraude *en el contrato* o en su cumplimiento, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios (art. 344 del C. de c.). El dolo o engaño *in contrahendo* hace surgir la obligación de reparar los daños ocasionados al contratante defraudado. El artículo 357 del Código de comercio presupone culpa precontractual en el contrato de transporte si el porteador sospecha fundadamente defraudación al declarar el contenido de un bulto. En caso de confirmarse la sospecha, el remitente se obliga a indemnizar los gastos especificados en el número 2 de dicho artículo. Contempla situaciones de comportamiento desleal en la formación del contrato de seguro el artículo 381 del Código de comercio: se declara nulo el contrato de seguro: 1.º Por *la mala fe* probada de alguna de las partes *al tiempo de celebrarse* el contrato. 2.º Por *la inexacta declaración* del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos. 3.º Por *la omisión u ocultación* por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieren podido influir en la celebración del contrato (174). Observemos que la inexacta declaración del asegurado hecha de buena fe sólo infringe el elemento fáctico de la relación jurídica precontractual, mas no el elemento subjetivo que supone defraudar dolosamente o con culpa grave la confianza ajena. De ahí que únicamente cuando tal defraudación exista procederá la responsabilidad *in contrahendo* en el supuesto número 2.º del artículo 381. En los otros dos previstos por dicho precepto legal creemos que el perjudicado puede ejercitar la acción de resarcimiento por los daños ocasionados al violar la buena fe precontractual (175), independientemente de que entable la acción de nulidad. Pues que hay una conducta dolosa (número 1.º) o intencionadamente reticente (número 3.º) que lesiona la recíproca lealtad que se deben las partes en la formación del contrato.

(174) Sobre esta obligación, vid. la importante Sentencia de 25 de abril de 1949. Por lo demás, debe pensarse que si es nulo el contrato de seguro cuando al celebrarse el asegurado tenía conocimiento de haber ocurrido ya el daño objeto del mismo, o el asegurador de haberse ya preservado de él los bienes asegurados (art. 1.797 del Código civil), no cabe duda que la ocultación de tal circunstancia—por lo general, dolosa—origina la indemnización correspondiente por *culpa in contrahendo*.

(175) Aquí de especial intensidad por la índole del negocio que se prepara, pues, como señala GARRIGUES, el contrato de seguro es *uberrimae fidei*. No sólo se somete a los dictados normales de la buena fe, manifestada en la ejecución, sino que se revela con especial intensidad en el momento anterior del contrato. Esto es justamente lo típico del seguro. La entidad aseguradora debe escrupulosamente cumplir con el principio de la buena fe, pero lo característico es que la buena fe opera de modo especial respecto del contratante del seguro (tomador) en el momento en que éste todavía no lo es. Se trata de un deber precontractual a cargo del tomador del seguro, consistente en declarar exactamente todas las circunstancias que puedan influir en la apreciación de los riesgos cuyas circunstancias el asegurador va a asumir. Este deber se inspira en el principio de la buena fe (*Curso de Derecho mercantil*. II, 5.ª ed., Madrid, 1969, págs. 257-258, 276-277).

4. En el ámbito del Derecho público hay algún precepto que da entrada últimamente a la responsabilidad precontractual. Así el Decreto de 28 de diciembre de 1967, que aprobó el Reglamento general para la aplicación y desarrollo de la Ley de Contratos del Estado, establece, en el artículo 44, que «si los actos administrativos *preparatorios* incurren en manifiesta infracción del ordenamiento jurídico, el jefe del departamento competente podrá anularlos de oficio ajustándose a los requisitos establecidos en el artículo 110 de la Ley de Procedimiento administrativo». A su vez, el artículo 45 declara anulables los actos administrativos *preparatorios del contrato* que infrinjan el ordenamiento jurídico —en particular la legislación de Contratos del Estado— o incurran en defectos de fondo que afecten a los elementos esenciales del contrato. Particularmente interesante es el artículo 47, donde se establece que «la anulación de los actos separables *previos* al contrato... llevará en todo caso consigo la del mismo contrato..., debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuere posible, se devolverá su valor. *La parte que haya sido culpable de la anulación deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*». Nuestro Derecho público, más progresivo en este punto, ha dado entrada a la responsabilidad precontractual en un aspecto ya disciplinado por el Derecho privado en otros países (§§ 122 y 307 del B. G. B.; art. 1338 del C. c. italiano; arts. 26 y 39 del C. suizo de las obligaciones, entre otros). El artículo 47 reconoce, pues, junto a la acción de nulidad, la procedencia de la acción para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados en la etapa preparatoria del contrato.

IX

PRESCRIPCION DE LA ACCION DE RESARCIMIENTO

Para quien considere que la culpa *in contrahendo* es de índole contractual, la acción para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar por daños precontractuales, prescribe a los *quince años*, como en general las acciones personales que no tengan señalado en la ley un plazo especial de prescripción (art. 1964 del C. c.). Lo que sucede en el supuesto de culpa *in contrahendo*. Quien, por el contrario, piense que la culpa precontractual es de índole aquiliana, basada en un acto ilícito, optará por el plazo de *un año* determinado por el artículo 1968, 2.º, del Código civil para la acción que tenga por objeto exigir responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902.

Es evidente que ha de elegirse entre uno u otro plazo, según la configuración que demos a la responsabilidad precontractual. No hay otra

salida si tenemos en cuenta que la culpa *in contrahendo* no tiene naturaleza autónoma o *sui generis* en nuestro Derecho. Nosotros creemos que es más acertado atribuirle naturaleza contractual, pese a propugnar—como ya dejamos expuesto— su configuración independiente de *iure condendo*. Pues que en realidad se basa en el quebrantamiento de la buena fe *in contrahendo*, de contenido idéntico a la exigida para los contratos en el artículo 1258 del Código civil. Nos hallamos ante una responsabilidad originada en la etapa preparatoria de un contrato, originada a raíz de su formación, apoyada generalmente en la figura del dolo *in contrahendo*. En definitiva, estamos ante una obligación de resarcir que se basa, ciertamente, en la comisión de un acto ilícito extracontractual, mas por razón del contrato proyectado. No basada en la violación del deber genérico *alterum non ledere*, cuanto en el quebrantamiento de la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en un contacto negocial (*die Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts*). De ahí que propugnemos el plazo de prescripción de los *quince años*, fijado por el artículo 1964 del Código civil para las acciones personales sin plazo especial (176). Durante el mismo puede el perjudicado en el *iter* formativo del contrato exigir el cumplimiento de la obligación de resarcir a quien lesionó injustamente su confianza (177).

(176) Esta es la solución admitida por LARENZ para el Derecho alemán. La pretensión para exigir la indemnización de los daños ocasionados por culpa *in contrahendo* prescribe como regla general a los *treinta años*, plazo ordinario de las acciones personales (§ 195 BGB). Le niega, en cambio, el plazo corto de los *tres años* previsto para el ejercicio de las pretensiones por responsabilidad delictual o acto ilícito. Sin excluir la aplicación de plazos más breves, específicamente determinados por la ley para casos concretos: seis meses para las pretensiones de indemnización del comodatario (§ 606) y arrendatario (§ 558). Cfr. *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pág. 97.

(177) Aplicamos el plazo ordinario de los quince años para los supuestos comunes de culpa *in contrahendo* (típicos, por ejemplo, indemnización por ruptura injustificada de tratos o revocación lesiva de la oferta), no para aquellos que tienen señalado un plazo especial, v. gr., plazo de un año para reclamar indemnización en caso de gravámenes ocultos de la finca vendida que no se notificaron al comprador (art. 1.483, ap. 2.º del Código civil). Por lo demás, y corroborando nuestra idea en torno a la prescripción de la acción para exigir el resarcimiento de los daños precontractuales, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1928 que cuando por haber mediado dolo se aplican las normas ordinarias de las obligaciones y no las que autorizan los artículos anteriores—arts. 1.485-1.489 relativos a las acciones redhibitoria y estimatoria—, el plazo de prescripción es el ordinario de los quince años que señala el artículo 1.964 del Código civil. Razón sólida para nuestro caso, pues que la responsabilidad precontractual tiene su origen en una actuación dolosa o cuasidolosa *in contrahendo*.

X

LA CARGA DE LA PRUEBA

El incumplimiento de los deberes exigidos por la buena fe *in contrahendo* —de información, custodia, secreto, etc.— engendra la obligación de indemnizar. Igualmente, si hay prolongación, ruptura de tratos o revocación de oferta con intención fraudulenta o engañosa. El perjudicado, que hizo desembolsos, proyectó en interés del futuro contrato y confió lealmente en las negociaciones, puede exigir al causante del daño la oportuna indemnización. La víctima de las maquinaciones dolosas que vio defraudada la confianza debe probar que ha surgido un deber precontractual de índole obligatoria cuyo cumplimiento reclama. Así se infiere del artículo 1214 del Código civil. Mas en el supuesto que nos ocupa no es menester dicha prueba, por ser la prestación del *id quod interest* pura consecuencia de otro hecho que debe probarse: existencia de una conducta opuesta a la buena fe *in contrahendo*. A quien reclama la indemnización incumbe el *onus probandi* que se concretará: 1.º A evidenciar la existencia de una conducta desleal en las negociaciones preparatorias. El dolo, como es sabido, nunca se presume. Debe acreditarse por la parte que lo alega (S. de 21 de mayo de 1961), probarse cumplidamente. Con frecuencia no será fácil la prueba. En todo caso, si llegó a redactarse minuta o proyecto de contrato, las dificultades serán menores en cuanto pueden examinarse detenidamente los términos en que consta la negociación preliminar. 2.º Debe probarse la existencia de perjuicio económico, los daños ocasionados por quebrantar la buena fe *in contrahendo* (178).

Si es evidente, como se ha señalado, que en nuestro Derecho existe una acción de dolo sustantiva e independiente tanto en el campo de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual o aquiliana (179), parece claro que la *actio de dolo* es inherente a las negociaciones previas para exigir indemnización por violar la *bona fides in contrahendo*. Es acción que ejercita, *iure proprio*, quien ha sido defraudado en la etapa preparatoria del negocio. Si prospera la acción de dolo y se considera, en consecuencia, lesionada la buena fe, se impone absolutamente la obligación de indemnizar. Con referencia a la conducta dolosa por alguna de las partes en los tratos, se afirma expresamente

(178) En definitiva, la prueba, siempre dificultosa, se reduce a evidenciar la existencia de dolo en su consideración integral. Por tanto, si hay infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, producción de un daño y nexo causal entre ambos elementos. (Sobre ello, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1970, pág. 36.) Siempre, claro está, en fase precontractual.

(179) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, cit., págs. 35-201, prueba su subsistencia ampliamente y con densidad de argumentación.

que no será fácil la determinación del daño, ni siquiera la del interés contractual negativo; mas bastaría demostrar el engaño para que la indemnización procediese, siquiera ésta había de determinarse prudencialmente por el juez, según las circunstancias de cada caso (180).

Finalmente, si el demandado estima que no ha procedido de mala fe. que el daño irrogado por retirada de los tratos, revocar la oferta o, por ejemplo, violar un deber de custodia o aviso no se debe a una conducta intencionada, sino a otras razones —v. gr.: enfermedad, desconocer el domicilio del que se sintió defraudado en sus expectativas, circunstancias de fuerza mayor o estado de necesidad, pura negligencia, razones permitidas por los usos comerciales de la localidad, etc.—, podría oponer, dentro del proceso, la excepción de dolo. Su finalidad, en caso de prosperar, enervaría el ejercicio de la acción en el caso concreto debatido. No afectaría a la existencia o no del derecho invocado, que quedaría sin prejuzgar (181).

MARIANO ALONSO PÉREZ
(Profesor de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid)

(180) Cossío, *op. ult. cit.*, pág. 281.

(181) Cossío, *op. ult. cit.*, pág. 257.

El derecho de vuelo *

I

INTRODUCCION

SUMARIO: I. *Introducción*: A) Presentación. B) Fundamento del derecho de vuelo. C) Delimitación del derecho de vuelo. D) Delimitación de la ponencia.—II. *Regulación legal*.—III. *Concepto*.—IV. *Naturaleza jurídica*.—V. *Caracteres*.—VI. *Constitución*: A) Modos. B) Elementos personales. C) Elementos reales. D) Elementos formales.—VII. *Contenido*.—VIII. *Especial consideración de la aplicación del derecho de vuelo a fincas en régimen de propiedad horizontal*.—IX. *El derecho de vuelo y la hipoteca*.—X. *El derecho de vuelo y otros gravámenes*.—XI. *Extinción*.

A) PRESENTACIÓN

Siguiendo la orientación que se trata de marcar a este Seminario, voy a dar aquí una serie de cuestiones y de ideas —más de las primeras que de las segundas— sobre el derecho de vuelo. Quiero decir con ello que, a diferencia de anteriores ponencias, lo que ahora se expone no está debidamente madurado ni contrastado con la doctrina y legislación extranjeras, aunque sí con lo poco que en España se ha escrito sobre el particular, y con la práctica vivida por compañeros —Notarios y Registradores de la Propiedad— con quienes he podido hablar del particular.

Si, según la Exposición de motivos del Decreto de reforma del Reglamento hipotecario número 395/1959, de 17 de marzo, al dar cauce en él por primera vez en nuestro Derecho positivo al derecho de vuelo, se ha tenido muy en cuenta en esta materia, «además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie», he de confesar paladinamente que el primer extremo no lo he tenido en cuenta.

Pero creo que, en definitiva, es aquí, ahora, donde deben plantearse y resolverse las cuestiones que el derecho de vuelo presenta, y de las que esta ponencia no va más allá de una mera exploración.

(*) Ponencia defendida en el Seminario de Derecho privado de la Universidad de Valencia.

B) FUNDAMENTO DEL DERECHO DE VUELO

Por ello, me parece innecesario hablar del fundamento del derecho de vuelo. Baste decir que la necesidad de viviendas impone la construcción de nuevas plantas en edificios ya existentes, y, además, que, como ya hemos dicho en otra parte (1), suele ser un negocio que el propietario puede acometer de dos modos: uno, directo, realizando él por sí mismo, la construcción, y otro, indirecto, que consiste en ceder a un tercero el derecho a elevar nuevas plantas; también es posible que el propietario, en trance de enajenar el edificio, y ante la eventualidad de que en el futuro sea posible o conveniente levantar nuevas plantas, se reserve este derecho (2).

C) DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE VUELO

En el primero de los casos, cuando el propietario realiza por sí mismo la construcción, no hay derecho de vuelo, sino ejercicio de una facultad ínsita en el dominio y que no tendrá otras limitaciones que las propias de la extensión del dominio en sentido vertical —hasta donde alcance su interés— y de las disposiciones de carácter administrativo (Ley del Suelo, como general, y Ordenanzas municipales, en particular; aparte, Leyes de Minas, Aguas, Navegación aérea, etc.).

En los otros dos supuestos existe propiamente derecho de vuelo.

F) DELIMITACIÓN DE LA PONENCIA

Aunque el derecho de vuelo parece, en principio, que puede darse tanto en las fincas urbanas como en las rústicas, en realidad, y como luego hemos de ver, sólo se da propiamente en las primeras; por ende, este estudio se limita exclusivamente a ese supuesto.

(1) *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, Ponencia de España al X Congreso Internacional del Notariado Latino en Montevideo, por Manuel de la CÁMARA ALVAREZ, con la colaboración de Emilio GARRIDO CERDÁ y ANTONIO SOTO BISQUERT; Madrid, 1969, página 45.

(2) No es necesario tratar de las ventajas o inconvenientes del derecho de vuelo, que saltan claramente a la vista. Puede verse sobre el particular lo que dice Juan V. FUENTES LOJO en *Suma de la Propiedad por apartamentos*, Barcelona, 1964, pág. 604, quien recoge opiniones tan curiosas como la de RIBEIRO DOS SANTOS, que afirma que puede parecer a simple vista que no resultando de hecho cualquier daño a los propietarios de los otros pisos, ni la disminución de la luz, de la cubicación, del aire o del tiro de la chimenea, nada se opondría a tal derecho; o la de Carlos MAXIMILIANO, quien opone, entre otros inconvenientes, el de que el mayor número de los habitantes, consecuencia de los nuevos pisos, perturba el orden de los pasillos.

De otra parte, aunque el derecho que regula el Reglamento hipotecario puede referirse tanto al espacio aéreo como al subsuelo, aquí únicamente se trata del primero (3); aunque, en definitiva, lo que de aquél se diga será plenamente aplicable a este último.

II

REGULACION LEGAL

Es preciso tener en cuenta las siguientes normas:

A) *En el Código civil:*

Artículo 350. «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvar las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y en los Reglamentos de Policía.»

Artículo 592. «Si las ramas de algunos árboles se extendieran sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueran las raíces de los árboles vecinos las que se extendieran en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.»

El término «superficie» del artículo 350 ha sido interpretado alguna vez (4) en el sentido de referirse no a la corteza terrestre —que ya se incluye en el término «terreno» que emplea antes—, sino, conforme a su significación estrictamente etimológica —*super facies*— a lo que está encima de la misma, es decir, al vuelo. Pero, con independencia de ello, en uno y otro artículo del Código civil se ha basado la doctrina de la extensión vertical del derecho de dominio y sus limitaciones. Distinguiendo entre aire y espacio aéreo, se entiende que aquél es propio de la comunidad o del Estado, mientras que éste puede individualizarse intelectualmente y pertenece al propietario, quien puede utilizarlo o no, limitarlo —recordemos la *servitus altius non tollendi*— y cederlo.

B) *En la Ley sobre régimen del suelo y Ordenación urbana de 12 de mayo de 1956:*

El artículo 78 dice: «Serán indivisibles: a) Las parcelas determinadas como mínimas en el Plan parcial a fin de constituir fincas independientes. b) Las parcelas cuyas dimensiones sean iguales o menores a las determinadas como mínimas en el Plan, salvo si los lotes resul-

(3) Propio derecho de vuelo; el otro sería derecho de subsuelo.

(4) JOSÉ VIÑAS MEY en sus explicaciones de cátedra.

tantes se adquieren simultáneamente por los propietarios de terrenos colindantes con el fin de agruparlos y formar una nueva finca. c) Las parcelas cuyas dimensiones sean menores que el doble de la superficie determinada como mínimas en el Plan, salvo que el exceso sobre dicho mínimo pueda segregarse con el fin indicado en el apartado anterior. d) *Las parcelas edificables en una proporción de volumen* en relación con su área cuando se construya el correspondiente a toda la superficie, o, *en el supuesto de que se edifique en proporción menor, la porción de exceso*, con las salvedades indicadas en el apartado anterior.»

De este galimatías jurídico, y en lo que ahora interesa, ha deducido MARTÍN BLANCO (5) que el volumen de edificabilidad de una finca puede ser enajenado independientemente del suelo a favor de un colindante; y en igual sentido se ha llegado a admitir por un sector de la doctrina su inscribibilidad en el folio de la finca que lo adquiere. No obstante, parece predominar la opinión de que lo que el artículo contempla es la segregación de parte de parcela y su enajenación con el volumen de edificabilidad que le corresponda.

C) *En el Reglamento hipotecario, después de la reforma de 17 de marzo de 1959:*

Artículo 16, 2.º «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número 3.º del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.»

De este artículo se ha de hablar mucho. Prescindo, por tanto, ahora de todo comentario.

Artículo 30, 3.º «El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se construya; en la inscripción se hará constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho; los convenios y prestaciones estipulados y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración forestal o de los particulares.»

Ya he apuntado antes, y puntualizo ahora, que, en mi opinión, no hay derecho real de vuelo sobre finca rústica. diga lo que diga el Re-

(5) JOSÉ MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo*, Madrid, 1964, págs. 55 y ss.

glamento hipotecario. Sobre finca rústica lo que puede haber es derecho de superficie, en el que se mantienen separadas la propiedad del suelo y la del vuelo, pero no verdadero y propio derecho real de vuelo, en que tal separación no se produce. Desde luego, según mi concepción, y como consecuencia lógica de todo lo que luego se dice (6).

D) *En la Ley de Propiedad horizontal de 21 de julio de 1960:*

Artículo 11. «La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de las modificaciones, las alteraciones que originen en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos.»

A este precepto se ha de hacer referencia más adelante.

III

CONCEPTO

Dar un concepto ahora del derecho de vuelo supone dar por sentada ya la tesis que voy a defender. No obstante, como punto de partida, me limitaré a decir que el derecho de vuelo es la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal.

(6) La imprecisión del Reglamento hipotecario resulta clara si se lee su Exposición de Motivos: "Es interesante consignar que, por el artículo 30, el «derecho real de vuelo», un tanto impreciso, que, multiforme, aparece de antiguo en grandes comarcas españolas, queda confirmado. LA RICA (en *Comentarios a la reforma del Reglamento hipotecario*, Madrid, 1959, pág. 52) destaca la ambigüedad del precepto y la justifica por la extremada variedad que el derecho de vuelo ofrece en las diversas regiones, y, en líneas generales, asimila este derecho al de superficie. Véase también, en igual sentido que en el texto, ROCA SASTRE (en *Suplemento al Derecho hipotecario*, Barcelona, 1960, pág. 69) y FONT BOIX (en *El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal*, "R. D. N.", 1967, julio-diciembre, pág. 12).

IV

NATURALEZA JURIDICA

Es aquí donde radica el meollo de la cuestión. Veamos algunas opiniones:

A) POSICIONES DOCTRINALES

1) ROCA SASTRE (7) nos dice que en los derechos de mayor elevación o de edificación en subsuelo de una finca edificada se producen las dos mismas fases del derecho de superficie: en la primera fase hay un derecho de construcción sobre finca ajena, cuyo derecho es de carácter medial por estar dirigido a alcanzar la segunda fase, que es de plenitud, consistente en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otra de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

Lo que no nos dice ROCA es qué clase de derecho es el de la primera fase, ese derecho de construcción de carácter medial. Pero lo que sí parece dar a entender es que su valor jurídico es escaso, ya que, en cuanto a su inscribibilidad, lo equipara al caso de pisos meramente proyectados y, por tanto, no puede inscribirse como finca independiente, sino que sólo se hará constar en la inscripción de la finca sobre que recae, mientras la construcción no esté concluida o por lo menos comenzada.

2) Para LA RICA (8), el derecho de sobreelevación es un derecho real potencial que legitima una cosa futura, puesto que si no se llega a realizar la obra queda vacío de contenido y de soporte objetivo (9).

3) VENTURA-TRAVERSESET (10) afirma que el derecho que estudiamos no es un derecho de superficie puro, tal como la actual legislación lo configura, y, por tanto, tiene diferencias, pero al mismo tiempo es un derecho derivado o modalidad nueva del derecho de superficie, y, por tanto, al estatuto del derecho de superficie hay que recurrir inexorable-

(7) Ramón María ROCA SASTRE: *Suplemento...*, pág. 28.

(8) Ramón de LA RICA Y ARENAL: *Comentarios...*, pág. 38.

(9) Da tal concepción al tratar del derecho de sobre-elevación que se reserva el propietario que enajena todo o parte del edificio. Pero no creo contrario al pensamiento del autor el dar a la tesis carácter general.

(10) ANTONIO VENTURA-TRAVERSESET Y GONZÁLEZ: *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 165.

mente para llenar los vacíos que la escasa regulación de aquél contiene; este derecho ha de hacerse efectivo construyendo; y una vez iniciada la construcción surge una propiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal.

4) FUENTES LOJO (11) dice que cuando el derecho de sobreelevación aparece por habérselo reservado el propietario primitivo o por haberlo enajenado a tercero, se ha de concebir «ni más ni menos que como un derecho de superficie»; «esta tesis está avalada —afirma—, de otra parte, por la redacción que se da al artículo 16 del Reglamento hipotecario, cuyo apartado 2.º, en relación con el 1.º, no puede estar más que en la duración temporal».

5) CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (12) distingue entre derecho de superficie, derecho real de vuelo y derecho de construir nuevas plantas en un edificio. Identifica este autor el derecho real de vuelo con el que recae sobre fincas rústicas, reflejando su regulación el artículo 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario, la Ley de Montes (art. 11, párr. 5.º) y el Reglamento de Montes (arts. 287 al 295), y lo configura como un derecho real en cosa ajena. Y entiende que en el derecho a elevar nuevas plantas, si bien al constituirlo existe en apariencia un derecho real en cosa ajena, esto es sólo una apariencia, ya que su auténtico contenido es el de hacer surgir, o modificar si ya está surgida, una comunidad en los elementos comunes del edificio, que al ejercitarse el derecho concedido transformará a éste en ese peculiar derecho de propiedad que es la propiedad de casas por pisos; y así, en tanto que el derecho de superficie lo encuadra este autor entre los de uso de cosa ajena, el de edificar nuevas plantas ha de incluirse, a su juicio, en el grupo de los derechos reales de concurrencia de titularidades.

Interesa destacar que para CAMY el propósito de edificar se convierte en obligación respecto del derecho de superficie y en derecho facultativo en cuanto al derecho de elevar nuevas plantas, lo que hace que en este último la determinación de la obra a que faculta adquiere una tipicidad propia, pues mientras se encuentre sólo en proyecto, o sea, como tal facultad, este derecho real conserva toda su tipicidad, en tanto que cuando se lleva a efecto la obra ese derecho real evolucionará en otro de propiedad sobre el piso edificado, desapareciendo aquél.

B) POSICIÓN QUE SE DEFIENDE

Hay que partir de la base de que el derecho de vuelo responde a la necesidad económica de dar consistencia jurídica a la negociabilidad del espacio aéreo de los inmuebles, susceptible, gracias a las nuevas téc-

(11) *Ob. cit.*, pág. 603.

(12) Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo I, Granada, 1969, págs. 367 y 371.

nicas de la construcción, de ser aprovechado, aunque de momento no pueda en todo caso ser objeto de detentación material y de producir un goce real a favor de su titular.

Si se observa el auténtico contenido económico del negocio constitutivo del derecho de vuelo, con mirada desprovista de condicionamientos derivados de las tradicionales concepciones del derecho de propiedad inmobiliaria, se llega fácilmente a la conclusión de que la creación del derecho real de vuelo supone la transmisión o la reserva del espacio aéreo, susceptible de aprovechamiento, que existe sobre un inmueble, y que tal creación supone, como es lógico, atribuir a su titular los medios necesarios para que ese espacio aéreo sea susceptible de utilización efectiva, mediante la realización de las oportunas construcciones —en su caso— y el aprovechamiento para ello de los elementos del inmueble, ya comunes o comunes desde ese momento, y que sean indispensables para su apoyo y para acceder al espacio aéreo adquirido.

En definitiva, que el derecho real de vuelo no es más, ni tampoco menos, que la propiedad del vuelo del inmueble perteneciente a distinto titular de éste.

No veo posibilidad de distinguir, como hace ROCA, las dos fases del derecho de construir y propiedad de lo edificado. ¿Por qué el mero hecho de poner unos ladrillos determina que el derecho de construir se convierta en un derecho de propiedad? Creo más lógico entender que el derecho de propiedad existe desde el primer momento, propiedad del espacio aéreo, y que lleva normalmente consigo la facultad de construir, pero como tal facultad del dominio y no como derecho sustantivo.

Por ello, tampoco creo que sea un derecho real potencial que legitima una cosa futura, como entiende LA RICA. No hay cosa futura, puesto que se adquiere ya el espacio aéreo y, como luego veremos, una cuota parte en los elementos comunes y, entre ellos, en el solar. No hay, en consecuencia, derecho potencial, sino actual.

En definitiva, que lo que el titular adquiere con la creación del derecho de vuelo es exactamente lo mismo que tenía el propietario del inmueble antes de tal creación: el espacio aéreo. Este lo tenía como extensión de su dominio; aquél, como derecho real de propiedad nuevo y distinto. Si *nemo dat quod non habet*, igual puede decirse que *dominus dat —vel potest dare— quod habet* (13).

(13) En apoyo de esta tesis, creo conveniente traer aquí unas ideas de RENÉ SAVATIER (en *La propiedad del espacio*, "Rev. D. Urbanístico", 1967, enero-febrero, págs. 17 y ss.); según este autor se puede concebir para la venta y puesta en sociedad de apartamentos a construir una técnica distinta de la actualmente utilizada para la venta de cosas futuras; porque nada impide que esta venta asegure, de golpe, un bien existente y perpetuo que será verdaderamente el objeto principal, el espacio que circundarán las partes comunes del inmueble, espacio de antemano determinado sobre planos verticales y horizontales; los metros cúbicos de espacio, debidamente situados, que son poseídos, se venderán como cuerpos ciertos a los cuales se aplicará el efecto traslativo del contrato.

Desde luego que no es esto lo que dice el Reglamento hipotecario. Pero es que este Reglamento se ha quedado corto, cortísimo, a la hora de regular el derecho de vuelo, hasta el punto de que en el artículo 16 no lo califica así, sino como derecho de levante. El Reglamento hipotecario, no hay que olvidarlo, es un reglamento —en este aspecto— sólo para la materia de inscripción de los derechos reales inmobiliarios, produciéndose en el derecho que estudiamos con un sentido mayormente de atención a lo que normalmente sucede en la práctica que con visos de creación jurídica. Porque, puestos en esta tesitura, porque el Reglamento no lo prevea, ¿no va a ser posible que el propietario de un edificio conceda a otro el derecho real de vuelo en su terraza no para construir, sino para que el adquirente goce de vistas, o lo tenga como solana o como secadero, sin derecho a edificar? ¿Que al mismo resultado puede llegarse con una *servitus altius non tollendi* u otra? De acuerdo. Pero ¿por qué coartar la libertad de los particulares de configurar sus relaciones jurídicas del modo que crean más adecuado?

En conclusión, mi idea parte del punto de vista esencial de que el principio de accesión inmobiliaria (*superficies solo cedit*) que el Código civil recoge en el artículo 358, puede tener modalizaciones e incluso supuestos de inversión (caso del 1404, párr. 2.º del C. c.), pero sólo tiene dos excepciones fundamentales: el derecho de superficie y la propiedad horizontal (14). El derecho real de vuelo, al no encajar en el primero, necesariamente debe incluirse en el segundo supuesto: propiedad horizontal, pero propiedad en definitiva. En este sentido, el Reglamento hipotecario ha intuido, ha atisbado la construcción de este nuevo derecho, pero sin llegar a regularlo con toda su extensión y detalle. No obstante, contiene elementos aprovechables, y en última instancia es la única norma jurídica general que acerca de él tenemos.

Puntualizaré más la naturaleza jurídica del derecho real de vuelo al hablar seguidamente de sus caracteres.

V

CARACTERES

Siguiendo el mismo orden que resulta de su concepto, el derecho real de vuelo se caracteriza por las siguientes notas:

1. *Es un derecho real.*

Si el derecho real es aquel derecho privado que confiere a su titular un poder de inmediata dominación sobre una cosa, frente a todos, el derecho subjetivo, que atribuye un poder o señorío directo o inmediato

(14) Cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de mayo de 1952.

sobre una cosa, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado —inmediatividad—, y que, asimismo, impone a todos (*erga omnes*) un deber de respeto o abstención —absolutividad— (ROCA SASTRE), es indudable que el derecho de vuelo es un derecho real, puesto que presenta todos sus caracteres. El punto no ha motivado en la doctrina ninguna discusión.

2. *Es un derecho de propiedad y no limitativo del dominio.*

Si la propiedad atribuye un poder general y pleno sobre la cosa, con las facultades de goce y disposición sobre la misma, mientras que el derecho real limitativo del dominio sólo atribuye sobre la cosa derecho de goce o de garantía o de adquisición, el derecho de vuelo debe ser calificado como lo primero y no como lo segundo. El titular puede disponer no ya de su derecho real de vuelo, sino de la cosa misma —el espacio aéreo— que constituye su objeto, lo cual no está al alcance y no entra en las facultades del titular de un derecho real limitado.

3. *Del espacio aéreo.*

Que, como ya se ha dicho, en cuanto puede ser individualizado intelectualmente tiene la consideración de cosa y puede ser objeto de dominio.

4. *De la finca.*

El derecho real de vuelo recae únicamente sobre bienes inmuebles. Y, dentro de ellos, en principio, solamente sobre fincas urbanas.

Ya se ha dicho antes que el derecho de vuelo sobre fincas rústicas no es tal derecho de vuelo, sino de superficie. No obstante, y siempre que la Ley del Suelo lo permita, no cabe duda que si en finca rústica existe una edificación cuyo vuelo es susceptible de constitución en objeto de propiedad distinta, el derecho real de vuelo puede nacer.

Con todo ello lo que resulta, en definitiva, es que la nota característica, más que la de ser finca urbana, es la de existencia de una edificación. Punto del que se trata a continuación.

5. *Finca edificada, en construcción o en proyecto.*

Es ésta una nota propia del derecho real de vuelo que está en íntima conexión con lo que luego se dice de que con su creación se aboca a un régimen de propiedad horizontal —o se extiende el ya existente— en que el suelo es elemento común.

Ahora nos interesa puntualizar los siguientes extremos:

a) No cabe el derecho real de vuelo en finca no edificada.

MONET ANTÓN (15), al tratar de la construcción de un edificio por lo que él llama —en término sumamente correcto y evitando suspicacias fiscales— agrupación de autopromotores, nos da un abanico de posibilidades, entre las que figura la de la construcción de cada local por cada condueño sobre la base de recíprocas concesiones de derecho de levante. Al exponer tal solución —que no es, desde luego, la que el autor admite— estima que el derecho de levante puede jugar respecto de un solar sin edificio, y así resulta del artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, al afirmar por simetría al derecho de elevar un derecho de profundizar que no requiere ni puede presuponer la existencia de un edificio en el plano del solar.

No es esto, sin embargo, lo que dice el artículo 16, 2.º. Literalmente leído, el precepto no permite el derecho de vuelo ni el de subsuelo si no existe edificio: «El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo», o sea, bajo el suelo del edificio. Si no hay edificio parece, pues, que no hay derecho de vuelo, sino derecho de superficie. Y así resulta también de la dicción del número 1.º del mismo artículo 16.

Claro que un argumento puramente literalista no sería suficiente —y desde luego no lo es— si no fuera porque va acompañado del que resulta de la propia naturaleza y esencia del derecho que estudiamos, y que es, como ya se ha apuntado, el de desembocar en una situación de propiedad horizontal en que el suelo es elemento común, cosa que no puede producirse si no existe o se proyecta una construcción.

En definitiva, que si el propietario del suelo cede a un tercero el vuelo del mismo, sin más, no hay posibilidad de propiedad horizontal en la que el primero tenga intervención a través de una participación en el suelo como elemento común, y, en consecuencia, no hay derecho real de vuelo, sino de superficie. Pero si el propietario del suelo cede a otra persona el vuelo reservándose el sobrevuelo o el subsuelo, o, en suma, se produce de manera que el presupuesto de la propiedad horizontal se realiza, será un verdadero y propio derecho real de vuelo.

No es obstáculo, al menos teóricamente, el que resulte más conveniente el derecho real de vuelo que el de superficie, dada la necesaria temporalidad de este último; y no lo es porque ya son varios los autores que se han preocupado de demostrar que la superficie ordinaria no debe ser necesariamente temporal, sino que puede ser perpetua (16).

Aunqu, desde luego, en el terreno de la práctica la dicción literal del artículo 16, 1.º, del Reglamento hipotecario acerca de la temporali-

(15) Fernando MONET Y ANTÓN: *Problemas de técnica notarial en la adquisición de pisos y locales en edificio por construir*, Valencia, 1967, pág. 35.

(16) Cfr. Vicente GUILARTE ZAPATERO (en *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966, pág. 274, y el auto del presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona de 3 de marzo de 1967

dad del derecho de superficie hará que muchas veces se construya como derecho real de vuelo lo que mejor debiera ser un derecho de superficie.

b) El edificio puede estar construido, en construcción o proyectado.

Dada la íntima conexión existente, como en seguida hemos de ver, entre la creación del derecho de vuelo y la propiedad horizontal, aquél podrá darse en todo edificio en que esta forma de propiedad pueda producirse.

No hay ninguna duda, pues, en cuanto al edificio construido ni tampoco respecto del edificio en construcción. Mayor dificultad ofrece, aparentemente, en el edificio en proyecto, respecto del cual la doctrina, en general, no es muy partidaria de la posibilidad de propiedad horizontal.

Creo, no obstante, que esta última cuestión no ha sido suficientemente estudiada.

Con rigor jurídico, debe matizarse que del edificio proyectado se puede hablar en un doble sentido: como edificio cuya construcción está aún por definir, o como edificio cuya construcción está definida. La línea de separación entre ambas hipótesis podría fijarse en la existencia o inexistencia de un proyecto aprobado por los organismos oficiales.

En un edificio sin definir no cabe régimen de propiedad horizontal, no tanto porque el objeto no existe, sino porque ni siquiera está determinado. En cambio, con relación al edificio «definido» no cabe formular esta objeción. Supuesto que el título constitutivo se haya otorgado en base a un proyecto debidamente formalizado, es perfectamente posible puntualizar las características del piso a construir.

La objeción que se formula es que se trata de un objeto futuro y no cabe propiedad, ni en general ni horizontal, más que sobre cosa existente. A esta objeción hay que replicar: primero, que aun cuando se estime objeto futuro no deja de ser determinado; segundo, que no es tan futuro como parece, pues hay algo que sí existe actualmente, el solar, lo que permite acudir a la técnica jurídica de las cosas en formación; y tercero, que cuando la Ley Hipotecaria (art. 8.º, 4.º) permite la propiedad horizontal sobre edificio en construcción no exige que esté comenzada la de todos y cada uno de los pisos, y así lo demuestra al decir que «en la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados» (17).

6. *Perteneciente, en parte al menos, a distinto titular.*

La única persona que no puede ostentar el derecho real de vuelo es el propietario del edificio, quien, como ya se ha dicho, lo que tiene es una facultad ínsita en su dominio cual es la de levantar.

(17) Estas ideas son un resumen de las expuestas en la Ponencia presentada por España al X Congreso Internacional del Notariado Latino, antes citada, páginas 27 y ss.

Pero, por esta misma razón, el derecho real de vuelo puede crearse tanto en edificio totalmente ajeno al titular de este derecho, como parcialmente ajeno, por ostentar también aquél la titularidad en parte, en proindivisión o en propiedad horizontal, del edificio.

No parece ser este, sin embargo, el criterio de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970. Su supuesto de hecho es el siguiente: En los estatutos de la comunidad incorporados a la escritura pública de parcelación horizontal, la sociedad propietaria del inmueble estableció un artículo con este texto: «La sociedad... se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las ordenanzas municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considera investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el solo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que corona y remata el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación serán considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio.»

El centro directivo declara inscribible la cláusula, y en lo que en este momento interesa establece que: «En caso de enajenación de todo o parte de un edificio, es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así, primeramente el Reglamento, en el artículo 16, prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad, la Ley de Propiedad horizontal autoriza en el artículo 11 la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho pueda reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales.»

A pesar de las citas del artículo 16 del Reglamento hipotecario, no es esto lo que dice este precepto, que sólo admite el nacimiento del derecho real de vuelo con ocasión de su enajenación o de la del edificio en todo o en parte. No obstante, la tesis de la Dirección es, en mi opinión, plenamente correcta. Baste pensar el absurdo que supone el que el propietario de un edificio que tiene el propósito de vender inmediatamente los pisos reservándose el derecho de vuelo tenga, primero, que constituirlo en propiedad horizontal sin tal reserva, y seguidamente, al

efectuar la primera enajenación, reservárselo y modificar todas las cuotas en los elementos comunes.

Al hecho de que el propietario del inmueble ostente la titularidad de su vuelo en propiedad horizontal puede llegarse, a mi entender, por dos caminos:

1.º Configurándolo ya, al constituir la propiedad horizontal, en este régimen, como una unidad más del mismo, como modalización del dominio que al titular del edificio corresponde sobre él y sobre el vuelo.

2.º Reservándose, tal como se produce en la cláusula antes recogida, pues siempre podrá entenderse que es asimilable a la situación de pluralidad de titulares que exige el Reglamento hipotecario, la pluralidad de régimen jurídico —que es lo que deriva de la constitución en propiedad horizontal— pensada para el futuro.

En definitiva, ello no es más que una configuración y una aplicación especial de la tesis general (18) de que si bien el negocio constitutivo de la propiedad horizontal por el propietario único del inmueble produce un efecto jurídico inmediato, en cuanto crea nuevos objetos de derecho —los departamentos—, el régimen jurídico propio de tal modalización de la propiedad sólo entra en funcionamiento —y de modo automático— cuando se enajena alguno de ellos. Aplicación derivada de que, en definitiva, la creación del derecho real de vuelo conduce a la institución de la propiedad horizontal.

En fin: que el propietario del edificio puede ostentar la titularidad del derecho real de vuelo, como derecho propio e independiente, en el solo caso de que de un modo u otro lo configure en régimen de titularidad en propiedad horizontal.

7. En régimen de propiedad horizontal.

Esta, como ya se ha insinuado varias veces, es nota fundamental y distintiva del derecho real de vuelo. Y se basa en una idea muy simple: el principio de accesión en nuestro Derecho no tiene más excepciones que el derecho de superficie y la propiedad horizontal. Y el artículo 16. 2.º, del Reglamento hipotecario excluye automáticamente la concepción del derecho de superficie en el que ahora estudiamos.

El Reglamento hipotecario presupone que en el derecho real de vuelo se crea una situación de propiedad horizontal que intercederá, al menos, entre el propietario de la construcción primitiva y el titular de aquel derecho. El planteamiento es, en principio, correcto, aunque sin duda un tanto simple, pues puede acontecer, y de hecho acontece muchas veces, que lo ya construido esté, a su vez, acogido al régimen de

(18) No exenta, desde luego, de contradictores.

propiedad horizontal, en cuyo supuesto nos encontramos simplemente ante una mera ampliación de la situación preexistente.

La «regla de oro», pues, del derecho real de vuelo es que su creación desemboca en una situación de propiedad horizontal en que el suelo es elemento común, adquiriendo, por tanto, su correspondiente parte en él —a través del coeficiente de participación en los elementos comunes que se le atribuye— el titular del derecho real de vuelo. Cosa que no ocurre en el derecho de superficie, en que el superficiario no adquiere participación ninguna en el suelo, que se mantiene en propiedad separada (19).

Claro que en ello no pretendo negar que un edificio construido en ejercicio de un derecho de superficie no pueda constituirse en propiedad horizontal, que sí puede; pero entonces el elemento común suelo es sustituido por el elemento común derecho de superficie (20).

8. Y, por último, en régimen especial de propiedad horizontal.

Lo llamo especial por calificarlo de algún modo. La especialidad resulta de lo que se dice a continuación.

El problema que planteo ahora es el de si la creación del derecho real de vuelo exige la simultánea constitución en propiedad horizontal del edificio. Presupuesto es, pues, que el edificio en el cual se produce el derecho de vuelo no esté configurado en tal régimen.

El artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario no exige, desde luego, que se constituya todo el edificio en régimen de propiedad horizontal, ni en el momento de la creación del derecho de vuelo ni tampoco cuando se da expresión jurídica a los departamentos construidos a través de la correspondiente declaración de obra nueva. Con arreglo a su normativa, parece suficiente que los nuevos locales se describan con su cuota de participación y demás requisitos propios de la propiedad horizontal (21), quedando el resto de finca anteriormente existente en la misma situación en que se hallaba.

(19) A GARRIDO PALMA (en *¿Superficies sólo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie*, "R. D. N.", 1969, enero-marzo, pág. 142) el argumento no le convence, porque si bien "es perfecto en teoría, puede resultar excesivamente oscuro en la realidad por su abstracción y dogmatismo", en idea totalmente concordante con la de BALBI en el Derecho italiano. En cambio, FONT BOIX (*ob. cit.*, pág. 38), siguiendo la misma idea expresada en el texto, hace la salvedad, en base al artículo 16 del Reglamento hipotecario, de que en nuestro Derecho se admiten dos posibilidades: que la enajenación del suelo sea actual o futura, surgiendo con ello dos especies de derecho de vuelo. En mi opinión, la enajenación del suelo es siempre actual.

(20) Unos ejemplos pueden aclarar la tesis:

a) Supuesto de solar colindante con una casa de escasa elevación: el propietario del solar adquiere el vuelo de la casa y construye un solo edificio en el solar primitivamente propio y en el vuelo adquirido. Normalmente, no existirá, en la voluntad de las partes, intención de que la antigua casa se integre

Pero esto parece atentar contra la normativa que la Ley reguladora de 21 de julio de 1960 ha tratado de dar a la propiedad horizontal. En la legalidad vigente se suprime radicalmente el sistema de segregación de pisos o locales, admisible anteriormente, y cuya supresión, dicho sea de paso, no es enteramente justificada (22).

Por tanto, si para enajenar un departamento es necesario constituir previamente la propiedad horizontal de todo el edificio, lo consecuente es estimar que la misma norma debe regir cuando se crea el derecho de vuelo. No parece existir posibilidad en la legalidad vigente de que, en un mismo edificio, el derecho de vuelo o los departamentos en su virtud contruidos estén constituidos —e incluso inscritos— en propiedad horizontal, con todos sus requisitos, y el resto del edificio —constituido de hecho por locales independientes—, no. Lo contrario supondría admitir la segregación de unos pisos a través de la segregación del vuelo, contra la finalidad perseguida por la nueva legislación.

El rigor de esta tesis me inclina a entender que no debe ser totalmente cierta. En principio, puede encontrarse una cierta atenuación que nos llevaría a una postura intermedia. Efectivamente: si del artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario se desprende que, mientras el derecho de vuelo no se haya concretado en los nuevos locales contruidos, la nueva entidad jurídica creada se rige por normas provisionales, lógicamente, la consecuente propiedad horizontal debe regirse igualmente por normas provisionales. Es decir, que no es necesaria la simultánea o previa constitución de la propiedad horizontal a la creación del derecho de vuelo; pero el titular —aun inscrito en el Registro de la Propiedad— de éste no podrá pretender que su declaración de obra nueva tenga acceso al Registro Inmobiliario sin que conste ya en él, anterior o simultáneamente, la constitución de la propiedad horizontal del edificio. Consecuentemente es esta —la de exigir la constitución en

en la propiedad horizontal del nuevo edificio. No habrá, pues, respecto de la antigua casa creación de derecho real de vuelo, sino de superficie.

b) Los propietarios de dos casas de escasa elevación ceden a un tercero su vuelo para construir nuevas plantas, con acceso propio a la vía pública. Tampoco hay, normalmente, voluntad de integrar en la propiedad horizontal las casas ya existentes, tratándose, por tanto, de derecho de superficie.

(21) Esto en la escritura de declaración de obra nueva. En la de creación del derecho de vuelo ni siquiera ello se exige, como hemos de ver.

(22) Veamos un ejemplo: tres propietarios en proindivisión por adquisición a título oneroso de un edificio, cuyos departamentos en el momento están todos alquilados menos uno, deciden vender éste; para ello, hay que constituir en propiedad horizontal todo el edificio; si la división en propiedad horizontal es división de cosa común—tesis sostenida por MONET—, jugarán los derechos de tanteo y retracto en favor de todos y cada uno de los arrendatarios, a pesar de no haber disolución de comunidad.

Claro que esta tesis queda descartada si se sigue la idea, antes expuesta, de que el régimen de propiedad horizontal no entra en funciones hasta que se enajene un piso. Pero, aun entendido así, quedan siempre las razones de orden práctico—no por ello menos atendibles—del gasto que exige la previa constitución en propiedad horizontal.

propiedad horizontal del edificio— una facultad que debe acompañar a la creación del derecho de vuelo (23).

A pesar de todo lo expuesto, lo bien cierto es que el precepto reglamentario no exige en absoluto tal constitución en propiedad horizontal. De ahí que ROCA (24) nos diga que, «verificada la construcción de las nuevas plantas, surge una situación equiparable en este particular al régimen de propiedad horizontal, conforme se desprende del mismo artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, al preceptuar que este derecho de edificación de nuevas plantas será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8.º de la Ley y sus concordantes. Habrá surgido con tal construcción una variante de la propiedad horizontal, formada por las dos partes integrantes del edificio globalmente considerado: la inicial o preexistente a la constitución de este derecho y la planta o plantas nuevamente construidas en virtud del mismo» (25).

Es decir, que el Reglamento hipotecario sólo exige que se acomode a la normativa de la propiedad horizontal —por su remisión al artículo 8.º, 3.º, de la Ley Hipotecaria, y por la regulación que él mismo establece— el derecho de vuelo que se crea, pero no la edificación ya existente.

Las indudables ventajas prácticas que esta solución comporta me hacen inclinarme a ella, compartiendo la idea de ROCA y sin perjuicio de seguir manteniendo mi tesis, tan divergente de la de este autor, respecto de la naturaleza jurídica del derecho real de vuelo.

VI

CONSTITUCION

A) MODOS

Desde luego que el derecho real de vuelo puede constituirse por acto *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o gratuito. Aquí interesa más destacar la doble posibilidad que contempla el Reglamento hipotecario: por reserva y por transmisión.

1. *Reserva (deductio)*.

Para ello es necesario que el propietario de la finca enajene todo o parte de la misma, entendiendo que la enajenación en parte se pro-

(23) Cfr. el criterio ecléctico de la Resolución D. G. R. y N. de 16 de septiembre de 1967.

(24) En *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, tomo III, pág. 590.

(25) CAMY (*ob. cit.*, pág. 690) aduce también, para seguir igual tesis de principio, la no exigencia de la previa propiedad horizontal por el artículo 16 del Reglamento hipotecario.

duce tanto si es de cuota indivisa como si es de algún departamento de finca ya constituida en propiedad horizontal.

2. *Transmisión (translatio).*

Es un supuesto normal de enajenación, sin más peculiaridades.

B) ELEMENTOS PERSONALES

Rigen, en materia de capacidad, las normas generales relativas a la constitución de los derechos reales inmobiliarios, con la consecuente necesidad del consentimiento de la mujer si resulta aplicable el artículo 1413 del Código civil, del consentimiento unánime si entra en juego el artículo 397, etc.

En este punto se produce un problema de interés cuando el edificio pertenece a varias personas en régimen de propiedad horizontal. En este caso, si en ejercicio de su facultad de levantar los propietarios quieren construir nuevas plantas es necesario el acuerdo unánime de todos los propietarios (art. 11 de la L. p. h.), si bien la unanimidad puede lograrse a través de la presunción de adhesión que la propia Ley (artículo 16, 1.º) establece.

Lo dudoso es si esta misma normativa, en la parte relativa al posible modo de lograr la unanimidad, es también aplicable cuando el acuerdo de los propietarios sea, no para edificar ellos mismos, sino para enajenar el vuelo a un tercero, con derecho a construir o sin él (26).

Es muy fundada la opinión de FONT BOIX (27) de que el artículo 16 de la Ley de propiedad horizontal es aplicable en aquella situación en que, como acto de alteración material, la comunidad decide para sí misma sobreelevar, mientras que, cuando hay cesión del derecho de vuelo a un tercero, hay un acto dispositivo que se desenvuelve al margen de las relaciones comunitarias y exige que la escritura se otorgue por todos y cada uno de los titulares.

Una tesis intermedia podría ser la de entender aplicable el expresado artículo al acuerdo de desafección del vuelo de su carácter de elemento común, pero no al acuerdo de enajenación que exigiría el consentimiento expreso —y no por adhesión— de todos los propietarios. Con dos variantes, según se considere que este consentimiento basta se preste en la Junta general, o, por el contrario, sea necesario se manifieste en escritura pública.

(26) Desde luego, no es obstáculo para esta enajenación que el artículo 396 del Código civil considere al vuelo como elemento común que, como tal, no es enajenable en la parte correspondiente a cada propietario, sino conjuntamente con la parte privativa de la que es anejo inseparable. Y no lo es porque cuando se transmite el vuelo no se enajena la suma de partes en copropiedad, sino que el acuerdo de los dueños produce su desafección como elemento común, posibilitando con ello su enajenación.

(27) *Ob. cit.*, pág. 54.

En mi opinión, los artículos 11 y 16, 1.º de la Ley de propiedad horizontal son también aplicables a este supuesto, y, por tanto, el modo de conseguir la unanimidad que en este último se establece es suficiente para el acuerdo de desafección de cualquier elemento común de su carácter de tal y para su enajenación. Me baso para ello no tanto en el argumento, puramente literalista, de que desde el momento en que el artículo 11 exige que el acuerdo determine *el titular o titulares* de los nuevos locales o pisos, está explícitamente admitiendo que no es necesario que la nueva construcción pertenezca a los mismos titulares en propiedad horizontal, como en la propia naturaleza de este tipo de propiedad. La necesaria co-incidencia en el edificio de diversos dueños que la propiedad horizontal comporta exige una regulación específica que atienda a los intereses de todos, sin olvidar que la posible negligencia de uno solo de los titulares puede suponer el veto a acuerdos para todos. De ahí la regla del artículo 16, 1.º. De ahí que, a mi entender, sea la comunidad estimada como tal comunidad y regida por reglas de comunidad, y no los propietarios individualmente considerados, la que deba y pueda decidir en cada momento el destino de lo común, destino que puede ser, incluso, el de su realización en venta (28). Siempre referido, naturalmente, a elementos comunes que no sean esenciales, sino simplemente naturales o accidentales.

Tales ideas son aplicables plenamente, desde luego, a la enajenación del vuelo, cuyo carácter de elemento común natural —no esencial— es indiscutible.

C) ELEMENTOS REALES

Del solar, del edificio y del vuelo, elementos reales del derecho que estudiamos, se ha hablado ya, y a lo dicho me remito. No obstante, creo de interés recoger aquí unos supuestos especiales que superficialmente observados parecen contradecir las ideas expresadas como características propias del derecho real de vuelo.

Conforme a la Ley del suelo (art. 78), hay parcelas que, por reunir las circunstancias que establece, son indivisibles, y, no obstante, su volumen de edificabilidad en relación con las limitaciones de altura establecidas por las Ordenanzas municipales —principalmente en zonas turísticas, y en general en los llamados bloques abiertos— no sólo permite, sino que obliga a construir en la parcela dos o más edificaciones. Entonces, si el propietario realiza una edificación y la enajena —posiblemente con la idea de recabar fondos para proseguir con las restantes construcciones—, sin realizar ninguna reserva, siendo la total parcela solar de la edificación realizada, pasará a poder del adqui-

(28) Este parece ser el criterio que se desprende de la interesantísima Resolución D. G. R. y N. de 5 de mayo de 1970, cuyo estudio detenido no puedo por menos que aconsejar.

rente o adquirentes y perderá su propiedad el promotor (29). La solución al supuesto se encuentra en que el promotor, al enajenar la primera construcción, se reserve el derecho real de vuelo en el resto de la parcela para realizar las nuevas edificaciones.

Ello no supone creación de derecho de vuelo en solar no edificado, puesto que es precisamente la existencia de una edificación, constituida o no en propiedad horizontal, lo que lo determina. En definitiva, tal reserva del derecho real de vuelo supondrá una ampliación de una propiedad horizontal preexistente o su constitución desde entonces.

También puede concebirse que el propietario de un solar ceda a otro el derecho de vuelo hasta una determinada altura, reservándose el sobrevuelo. Tampoco existe aquí excepción a la regla, pues necesariamente ha de constituirse propiedad horizontal.

Por último, tampoco es un supuesto de excepción el negocio vulgar y prácticamente conocido como cesión de vuelo por vuelo, cuya construcción jurídica anda por otros caminos distintos al de creación del derecho real de vuelo, y en el que, por razones obvias, no puedo entrar aquí.

D) ELEMENTOS FORMALES

a) *Respecto del título constitutivo.*

Dejando aparte las cuestiones de pura forma, ligadas al negocio de constitución, interesa tratar ahora de las circunstancias particulares del derecho que se crea.

1. *La cuota en los elementos comunes.*—Según el artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, en la inscripción —y, por tanto, en el título constitutivo— «se hará constar: a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación».

Para ROCA (30), desde el momento en que no precisa sean específicamente determinadas al tiempo de efectuarse la reserva o transmisión del derecho de mayor elevación, las expresadas cuotas de las nuevas edificaciones en los elementos comunes serán potenciales, pues no lograrán plena efectividad hasta que dichas edificaciones existan y los correspondientes porcentajes en gastos no se devengarán hasta aquel momento.

Tal interpretación está muy de acuerdo con la dicción del Reglamento hipotecario. Pero, como ya he dicho antes, el Reglamento se ha quedado muy corto a la hora de regular el derecho de vuelo. En-

(29) Doy por superado el problema hipotecario acerca de si el total complejo puede y debe inscribirse como una sola finca.

(30) En *Suplemento...*, pág. 28.

tiendo que el Reglamento sólo ha pensado en el derecho de vuelo, no ya con la exclusiva finalidad de construir —esto lo dice el propio artículo 16, 2.º—, sino abocado de tal modo a la construcción, que nada puede pasar en el estado intermedio, desde que se crea el derecho hasta que se construye. Porque si las cuotas sólo son potenciales en esta fase, ¿en qué situación queda el adquirente del derecho de vuelo —que no olvidemos puede serlo a título oneroso— si accidentalmente, por caso fortuito o fuerza mayor, se derruye el edificio?

Ello, y la visión amplia que estoy procurando dar del derecho de vuelo, obliga a entender que el titular de este derecho adquiere con el mismo y desde el mismo momento la correspondiente cuota en los elementos comunes, y entre ellos el solar. Esta cuota es siempre actual, no potencial. Cuestión distinta es la de su determinación.

Si el derecho de vuelo se crea para no construir —supuesto posible, como ya se ha visto—, la cuota debe estar determinada *ab initio*. Si el derecho de vuelo se crea para construir, la cuota puede no ser determinada, pero ha de ser determinable. O sea, un supuesto análogo, desde luego en líneas muy generales, al del contrato de compraventa, en que el precio es requisito esencial (art. 1445 del C. c.) y, sin embargo, basta con que sea determinable (art. 1447 del C. c.). En definitiva, que si no es necesario fijar la cuota sí lo es el precisar las bases para su determinación, con un sistema objetivo que funcione de modo automático no sólo cuando se realice la construcción, sino también cuando no llegue a efectuarse por causa ajena a la voluntad del titular.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 1970 —cuyo supuesto de hecho se ha recogido antes— entiende que «será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas, sí, al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente».

Con ello, el Centro directivo considera como inscribible la regla de que la cuota se fije, realizada la construcción de las nuevas plantas, proporcionalmente a la extensión de éstas. Admitido esto, es lógico que tal fijación pueda hacerla por sí solo el titular del derecho de vuelo en cuanto ello no supone más que la aplicación de una regla matemática de proporcionalidad cuya corrección puede perfectamente calificar el Registrador de la propiedad.

Por mi parte, quiero añadir que la facultad del titular del derecho de vuelo de variar las cuotas ya existentes, aunque no le pertenezcan los locales a que corresponden, es consecuencia lógica de la de fijar el módulo de su propio derecho, y, por ello, es innecesario que se haga constar expresamente, pues tal variación queda implícitamente prevista al crearse el derecho de vuelo, y se produce simplemente, repito, por

vía de consecuencia. Por la misma razón, es innecesario establecer «apoderamientos por adhesión», cuya posibilidad es muy discutible.

Esta regla, la de que el titular del derecho de vuelo con cuota determinable objetivamente la pueda fijar por sí solo y producir, consecuentemente, la variación en las ya existentes, es, desde luego, aplicable, en mi tesis, a todo supuesto de creación del derecho de vuelo, y no sólo al expresamente contemplado en la Resolución.

Cuestión distinta es la relativa a la contribución en los gastos comunes del inmueble. La cuota de participación sirve de módulo para determinar lo que a cada departamento corresponde en las cargas por razón de la comunidad (art. 3.º de la L. p. h.). Pero la propia Ley de propiedad horizontal permite que tal contribución se haga con arreglo a la cuota fijada en el título o a lo especialmente pactado. No obstante, aun independientemente de ello, o sea, aun cuando nada se hubiera pactado, parece lógico entender, en tema de derecho de vuelo, que si su creación está determinada por la construcción a realizar, en este solo caso (y no, por tanto, en el de que sea para no construir) la contribución en los gastos —salvo en lo relativo al suelo— sólo debe hacerse efectiva cuando efectivamente el titular haga uso de los elementos comunes.

Opinión acorde, en líneas generales, con la de ALVAREZ ALVAREZ (31), para quien los gastos se pagan por el uso de los elementos comunes, y si no se usan, no se debe contribuir: «No hay imposibilidad ninguna para que se establezcan dos tablas de porcentajes, una actual y otra para el futuro posible de elevación». Y MONET (32), por su parte, afirma que las cuotas no tienen que actuar necesariamente en cuanto a gastos generales mientras la edificación no se produce.

En contra, sin embargo, VENTURA TRAVESET (33), para quien debe contribuirse a los gastos desde el principio: «Lo contrario conduciría a unas oscilaciones en las cuotas de los demás según la libérrima voluntad del presunto constructor, y contraria hasta cierto punto al artículo 1256 del Código civil y al principio de especialidad del Registro. así como a la fecha desde la que habrían de regir las nuevas cuotas con los efectos registrales que con respecto a terceros le asigna el artículo 8.º, 4.º, de la Ley Hipotecaria.»

2. *Las normas de régimen de comunidad si se establecieren, para el caso de hacerse la construcción.*—Esta norma del Reglamento es totalmente innecesaria. Dejando aparte su visión simplista —puesto que

(31) José Luis ALVAREZ ALVAREZ: *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. II, Madrid, 1965, página 526.

(32) En *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de propiedad horizontal*, Centenario de la Ley del Notariado, Sec. II, vol. I, Madrid, 1963, página 67 de la separata.

(33) *Ob. cit.*, pág. 231.

las normas convencionales de comunidad pueden establecerse, en mi tesis, tanto si se construye como si no—, la normativa estatutaria no es obligatoria en el régimen de propiedad horizontal, rigiendo la Ley en su defecto (34). En todo caso, la regla no puede tener más alcance que el de ser una anticipación del criterio legislativamente sentado por la Ley de propiedad horizontal de accesibilidad al Registro de la Propiedad de los estatutos en su totalidad, sin discriminación acerca del carácter real o meramente obligatorio de sus normas. Y por descartado, como apunta ROCA (35), que si la creación del derecho de vuelo determina la modificación convencional de la reglamentación ya establecida, aquélla tendrá acceso al Registro.

3. Nada más dice el Reglamento sobre circunstancias del derecho de vuelo. No obstante, y siguiendo la pauta que marca el propio artículo 16 en su regulación del derecho de superficie, podrán hacerse constar en el título, y reflejarse en el Registro, otras circunstancias, sobre todo las relativas a las características y plazo de la edificación, en su caso.

Este último requisito, el del plazo, es importantísimo. Con relación a él, distinguiremos dos supuestos:

a') Si se ha fijado plazo y éste transcurre sin que se haya realizado la construcción, para ROCA (36) es un caso de caducidad del derecho. Por mi parte, más bien creo que se tratará de un supuesto de resolución del negocio creador del derecho de vuelo por incumplimiento de su fin, con posible aplicación del artículo 1124 del Código civil.

b') La cuestión se planteará, con más frecuencia, en el caso de que, habiéndose creado el derecho de vuelo para construir, no se haya fijado plazo para ello, y el titular no lleve a efecto la construcción. Para LA RICA (37), el derecho de vuelo no puede considerarse perpetuo e imprescriptible, y debe entenderse que se extinguirá si no se hace uso del mismo en el plazo prescriptivo que para los derechos reales inmobiliarios señala el Código civil. En mi opinión, el derecho del adquirente del vuelo para construir, si, aun no edificando, no da lugar con su actitud a la posibilidad de pérdida del dominio por prescripción, ésta no puede aplicarse; creo que entonces debe entrar en juego la regla del Código civil acerca de la fijación de plazo por los Tribunales (art. 1128 del C. c.), y determinado éste, estamos ya en el supuesto anterior, con la consecuente posibilidad de ejercicio de la facultad de resolución (38).

(34) Cfr. la exposición de motivos de la Ley de propiedad horizontal.

(35) *Suplemento...* pág. 29.

(36) *Id.*, *íd.*

(37) *Ob. cit.*, pág. 39.

(38) En toda esta materia parto de la idea de que si bien el construir es una facultad del titular del derecho de vuelo, es también, cuando el derecho se ha creado con tal finalidad, una obligación para él, cuyo incumplimiento puede

Otra cuestión es la relativa a si debe determinarse en el título las plantas que, en su caso, puede construir el título del derecho de vuelo VENTURA TRAVESET (39) se pronuncia en sentido afirmativo, no estimando posible que el enajenante se reserve simple y llanamente el vuelo, y llegando incluso a rechazar que se cree el derecho limitado hasta donde autoricen las Ordenanzas municipales, por ser un límite variable caso de modificación de las mismas por ensanche de la calle u otra causa.

En mi opinión, el titular del derecho de vuelo tiene, en cuanto a contenido, exactamente el mismo derecho que tenía el propietario del inmueble antes de la creación de aquél como independiente si no se le ha puesto ninguna limitación; por tanto, no es necesaria la determinación de las plantas que el titular puede construir, y huelga incluso toda referencia a las Ordenanzas municipales, que, naturalmente, rigen y limitan alturas aun cuando no se aluda a ellas (40).

b) *Respecto de su constancia registral.*

Según el artículo 16, 2.º, del Reglamento hipotecario, el derecho de vuelo es inscribible en el Registro de la Propiedad «conforme a las normas del número tercero del artículo 8.º de la Ley (hipotecaria) y sus concordantes». Después de la reforma de este último precepto por la Ley de propiedad horizontal, la referencia debe entenderse a los números 3.º y 4.º del mismo artículo.

Claro está que al estar pensando el Reglamento exclusivamente en el derecho de vuelo creado para edificar, la referencia respecto de su inscribibilidad es lógico se haga al artículo de la Ley referido a las edificaciones. Pero entendiendo que el derecho real de vuelo puede ser para no edificar, y, en todo caso, concebido como tal derecho real inmobiliario y de propiedad, su inscribibilidad deriva de la regla general del número 1.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, si bien teniendo en cuenta que al desembocar su creación en una propiedad horizontal, la normativa acerca de la inscripción de ésta marcará el cauce para la forma de acceder al Registro.

Con esta interpretación se salvan las consecuencias que de la lectura textual del Reglamento parecen desprenderse, y que son a las que llega ROCA SASTRE (41) al afirmar que los derechos de mayor elevación «se harán constar» en la inscripción de la finca edificada o matriz, sin que puedan inscribirse como fincas independientes de aquélla

perjudicar al concedente; por ejemplo, impidiéndole ceder el sobrevuelo por falta de base física.

(39) *Ob. cit.*, pág. 170.

(40) El Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 1968 admite como válido, en base al principio de autonomía de la voluntad del artículo 396 del Código civil y de la Ley de 21 de julio de 1960, un derecho a levantar los pisos que consientan las Ordenanzas Municipales.

(41) *Suplemento...*, pág. 27.

hasta que la construcción del piso en el ejercicio del derecho de vuelo esté terminada o, al menos, comenzada, debiendo equipararse hasta entonces al caso de los pisos meramente proyectados.

La tesis de ROCA no me parece convincente. De una parte, porque la referencia al artículo 8.º de la Ley Hipotecaria puede y debe entenderse en el sentido de que se aplicarán al derecho de vuelo creado las mismas normas de inscripción de propiedad horizontal que para los pisos construidos o en construcción, es decir, que el derecho de vuelo, en sí y por sí mismo, es inscribible como si fuera un piso más, por ser ya un elemento integrante de la propiedad horizontal. Y de otra, porque equipararlo al piso meramente proyectado supone que registralmente no tenga más protección que la de esa «constancia», cuyo valor, en tesis doctrinal, es bastante escaso (42). Con lo que estamos en lo mismo que decía al principio: el titular del derecho real de vuelo por el mero hecho de poner unos ladrillos puede lograr que su «constancia» registral se transforme en inscripción, logrando la plena protección del sistema hipotecario que antes no tenía.

Otro punto. Para ROCA (43), la inscripción del derecho de levante debe hacerse en la hoja del edificio, sin perjuicio de que cuando se inicie o concluya la construcción pueda hacerse constar en hoja separada, y debe también considerarse necesario que cuando de la finca edificada figuren uno o más pisos como fincas registralmente separadas, o sea, en hoja registral independiente, se haga constar en cada una de éstas por medio de nota marginal. Y en sentido análogo se pronuncia CAMY (44).

Con arreglo a mi tesis, la constitución del derecho de vuelo puede acceder al Registro en los términos que cualquier otra unidad de propiedad horizontal, y su constancia en las hojas de las restantes unidades se hará en cuanto tal creación lleve consigo la modificación de los módulos ya existentes, pero no en consideración a una calificación del mismo como derecho real limitativo del dominio, carácter que no tiene.

Queda, por último, tratar de la forma de acceso al Registro del departamento que se construya en ejercicio del derecho de vuelo. Para

(42) Para VENTURA-TRAVERSET (en *ob. cit.*, pág. 363) esta constancia—que califica de mención—carece de trascendencia real de momento; BATLLE (en *Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad*, "R. C. D. I.", 1961, marzo-abril, pág. 421), en línea más avanzada, dice que el piso proyectado grava la parte material existente en términos muy semejantes, si no idénticos, al derecho de superficie o al derecho de sobreelevación; CAMY (*ob. cit.*, pág. 684), que, en general, entiende que esta mención no sirve para nada, con relación al derecho de levante le da el carácter de "constancia de una *conditio iuris*"; MONET (*ob. cit.*, en nota 15, pág. 37), que estima igualmente que el piso proyectado carece de trascendencia registral, entiende que sí tiene rango registral y autonomía en el caso del derecho de levante, pero no por sí mismo, sino por el derecho de levante que lo cubre y ampara.

(43) *Suplemento*, pag. 27.

(44) *Ob. cit.*, pág. 687.

VENTURA TRAVESET (45), la declaración de obra nueva debe hacerse por el constructor y el concedente siempre, pues éste ha de decir si el edificio está construido realmente. CAMY (46) entiende que si al crearse el derecho de elevación se fijaron las características del piso a construir —y éstas ya constan en el Registro—, su construcción no será otra cosa que el cumplimiento de una condición resolutoria que perfecciona en su titular la propiedad del piso que potencialmente le atribuyó aquel derecho, y en este caso bastará una nota marginal, prevista en general por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, tanto en el folio propio como en el del edificio y en la de los restantes pisos: pero si al constituirse aquel derecho no se hubiera perfilado y descrito el futuro piso, el cumplimiento de aquel derecho mediante su construcción no puede hacerse en otra forma que mediante una nueva inscripción en el folio propio y en el del edificio, pero todo ello en virtud de una escritura que no podrá recoger sólo la declaración al efecto de su titular, con los requisitos de una declaración de obra nueva, sino que deberá ir suscrita por todos los titulares registrales de los pisos anteriores del edificio, para acreditar que la obra realizada lo ha sido de acuerdo con aquel impreciso derecho; la cuestión no surgirá, según este autor, si el edificio pertenecía a distintos dueños en propiedad horizontal, en aplicación del artículo 11 de la Ley reguladora de este instituto, que exige fijar en el acuerdo la naturaleza de la modificación.

Por su parte, ALVAREZ ALVAREZ (47), con referencia al vuelo concedido por los titulares del edificio en propiedad horizontal (o por el propietario —a través de reserva o transmisión— antes de vender los pisos), entiende que si el título constitutivo contiene todos los requisitos relativos a las cuotas y a la construcción, la efectiva realización de ésta no supone modificación del título de constitución y, por tanto, no necesitará nuevo acuerdo de la Junta general, por suponer simplemente actualización de lo que ya estaba en germen contenido en él; pero en caso contrario el nuevo acuerdo de la Junta será necesario para fijar las circunstancias que previene el expresado artículo 11.

Creo que estas opiniones son excesivamente rígidas. La dicción del artículo 11 de la Ley de propiedad horizontal —«naturaleza de las modificaciones»— es lo suficientemente amplia para que baste fijar en el acuerdo las líneas generales de la futura construcción, en su caso; y no hay norma alguna que ni siquiera exija esto cuando el concedente del derecho de vuelo sea propietario único o varios en proindivisión. En definitiva, si el titular del edificio creó el derecho de vuelo sin mayor especificación acerca de las circunstancias de la construcción, debe atenerse a ello.

Y, en todo caso, debe entenderse que la pertinente declaración de

(45) *Ob. cit., loc. cit.*

(46) *Ob. cit.,* pág. 688.

(47) *Ob. cit.,* pág. 525.

obra nueva de la construcción realizada es una facultad del titular del derecho de vuelo, que puede hacer por sí solo, como propia del derecho que le corresponde. Sería injusto que tuviera que acudir necesariamente a la vía judicial para otorgar la declaración de obra nueva en el caso de que el propietario o cualquiera de los propietarios del edificio se negaran a prestar su consentimiento para ello; y teniendo, además, que pechar con la carga de la prueba de que lo construido es acorde con lo concedido o reservado en el caso de que nada o muy poco se hubiera fijado acerca del modo de realizar la edificación.

Como colofón a toda esta materia, recordar simplemente que, a diferencia del derecho de superficie, y conforme a las reglas generales, la inscripción del derecho de vuelo es, desde luego, declarativa.

VII

CONTENIDO

No creo necesario estructurar aquí el contenido de derechos y obligaciones derivado de la creación del derecho real de vuelo, en cuanto, en realidad, resulta de todo lo hasta ahora expuesto.

No obstante, y como complemento, debe destacarse que:

a) El derecho real de vuelo es enajenable por su titular, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

Consecuentemente, es también hipotecable. Pero no —diferiendo de ROCA (48)— sólo cuando la construcción, en ejercicio del derecho, esté concluida o comenzada, sino en sí mismo, como derecho real inmobiliario que tiene un valor económico y que, con independencia de la tesis que se siga acerca de su naturaleza jurídica, reúne las características que para ser objeto de hipoteca exige el artículo 106 de la Ley Hipotecaria. Con más, por una razón de orden práctico: al igual que el propietario del solar puede hipotecarlo precisamente con la finalidad de obtener fondos con que realizar la construcción, no puede el titular del derecho de vuelo ver negada esta posibilidad.

Y, desde luego, si en ejercicio de su derecho, el titular del vuelo edifica, y en cuanto edifique, lo construido quedará sujeto a la hipoteca como materialización física del derecho hipotecado, sin necesidad de ningún pacto acerca de ello (49).

b) Es indudable que el titular del vuelo puede, para hacer la obra, apoyarse en lo ya existente y reforzarlo si fuere necesario, en

(48) *Suplemento...*, pág. 29.

(49) Aplicando una técnica jurídica similar a la del 107, 8.º, de la Ley Hipotecaria.

cuanto es una consecuencia necesaria al derecho a elevar pisos. Así lo proclama la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968. Aunque, claro está, debe respetar la estabilidad del edificio, sin modificar los elementos arquitectónicos y estéticos del inmueble.

VIII

ESPECIAL CONSIDERACION DE LA APLICACION DEL DERECHO DE VUELO A FINCAS EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Distinguiremos dos supuestos:

A) DERECHO DE VUELO EN EDIFICIO YA CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL

De ello se ha hablado ya antes. Queda sólo tratar de a quién compete su creación. Entre los tres sistemas que enumera ROCA SASTRE (50) —a todos los propietarios, al de la última planta respecto del vuelo y al del bajo respecto del subsuelo, y al de la última planta respecto del vuelo y a todos respecto del subsuelo—, el Derecho español se ha inclinado por el primero. Esto es evidente después de la promulgación de la vigente Ley de propiedad horizontal, al exigir el acuerdo unánime el artículo 11. Y también lo era antes de su promulgación: antes de la reforma del Reglamento hipotecario, o sea, en el sistema del Código civil —tanto en su redacción originaria como en la modificada por Ley de 26 de octubre de 1939—, por ser el vuelo elemento común y, por ende, pertenecer a todos los propietarios; y producida la reforma del Reglamento, por confirmar éste la tesis al exigir la intervención del «propietario» del edificio.

B) EL DERECHO DE VUELO COMO MEDIO DE HACER NACER UN EDIFICIO DIRECTAMENTE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Ya antes se ha aludido a la posibilidad —estudiada detenidamente por MONET (51)— de que un grupo de personas realice la edificación en base a un convenio en virtud del que se conceda, recíprocamente, el derecho de levante para que cada uno construya por sí, en la zona y altura correspondiente, su respectivo departamento.

MONET estima posible y legítima esta solución, estudiándola detenidamente en sus aspectos sustantivo, instrumental, hipotecario, administrativo y fiscal, aunque en definitiva no la siga. En todo caso, y

(50) *Suplemento...*, pág. 26.

(51) *Ob. cit.*, pág. 34.

como reconoce el propio autor, supone un medio desorbitado para lograr una finalidad más simple y lleva consigo riesgos de tipo fiscal. Por todo ello no ha sido, desde luego, recibido en la práctica.

IX

EL DERECHO DE VUELO Y LA HIPOTECA

La posibilidad de hipotecar el derecho de vuelo ya se ha admitido antes como indiscutible. Particular interés ofrece, desde otro punto de vista, el estudio de las repercusiones que puede tener la creación del derecho de vuelo en finca ya hipotecada.

Es esta una cuestión que exige un estudio pormenorizado de las diversas situaciones para llegar a soluciones claras y concretas. Advirtiendo que incluyo dentro de él, y encabezando cada grupo de problemas, supuestos que no son propiamente de derecho de vuelo, pero que estimo de interés recoger, tanto para procurar dar una visión completa del problema como por la luz que pueden darnos para resolver los restantes supuestos. Y siempre a la luz de la normativa legal, es decir, no existiendo pacto alguno que la modalice o desvirtúe (o la recalque expresamente).

A) CASO DE FINCA PERTENECIENTE A UN SOLO PROPIETARIO O A VARIOS EN PROINDIVISIÓN, NO CONSTITUIDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL, O QUE, AUN CONSTITUIDA EN TAL RÉGIMEN, NO TIENEN DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD, Y QUE HA SIDO HIPOTECADA

1. *Cuando edifican nuevas plantas su titular o titulares.*

No es, desde luego, supuesto de derecho real de vuelo, sino de ejercicio del derecho de levante, como facultad ínsita en el dominio.

Es indudable que las nuevas plantas quedan sujetas a la hipoteca. El artículo 110, 1.º, de la Ley Hipotecaria entiende hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las mejoras que consistan en obras de elevación de los edificios.

La razón es clara. Tanto si, siguiendo la dicción legal, se consideran como mejoras, como si, más técnicamente, se estima que el vuelo es elemento integrante de la finca.

2. *Cuando ceden a un tercero el derecho de vuelo.*

El supuesto, a mi juicio, es análogo al caso de finca rústica o solar no edificado que se divide en dos o más nuevas fincas. En nada afecta

la división al acreedor hipotecario, quien puede dirigir su acción contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas a la vez (art. 125 de la L. H.).

Lo contrario supondría privar al acreedor de una parte de su garantía; no debe olvidarse que el adquirente del vuelo adquiere ya una cuota en los elementos comunes —y entre ellos el solar— que, de no seguir la tesis que se mantiene, quedaría frustrada a su ejecución.

La cuestión, sin embargo, se complica por la interferencia del concepto de tercer poseedor. De una parte, nos encontramos con que el tercer poseedor es el adquirente de todo o parte de la finca hipotecada que reúna la consideración de tercero por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, directa ni indirectamente, y ser ajeno a la originaria constitución de la hipoteca (52). El tercer poseedor queda, pues, sujeto a la hipoteca.

Ahora bien: cuando la Ley hipotecaria trata de la extensión objetiva de la hipoteca con relación al tercer poseedor, dice que no será extensiva la hipoteca a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costeado por el nuevo dueño (art. 112). Y por comparación con el artículo 110, 1.º, de la propia Ley, parece resultar que no se extiende la hipoteca a las mejoras que consistan en elevación de los edificios.

Creo, sin embargo, que aquí hay una imprecisión de enfoque. El adquirente del derecho de vuelo en edificio hipotecado no realiza obra alguna de mejora del edificio a través de su elevación, puesto que lo que adquiere no es el edificio, sino el mismo derecho de elevación. En otros términos: el artículo 112 piensa, a lo que creo, en un edificio hipotecado que es adquirido por un tercero, quien lo eleva, pero no en quien adquiere el derecho de vuelo, que no ha adquirido la finca y, por tanto, no entra en el supuesto.

En todo caso, lo que no puede entenderse es que el derecho de vuelo, erróneamente considerado como derecho real limitativo del dominio, sea purgado en trance de ejecución hipotecaria, conforme al sistema español, tanto en el procedimiento judicial sumario como en el extrajudicial y el ejecutivo ordinario, en el que respecto de las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutante rige el sistema de purga o liberación y cancelación de sus respectivos asientos.

3. Cuando transmiten a un tercero el edificio, reservándose el derecho de vuelo.

La solución debe ser idéntica a la del supuesto anterior y por las mismas razones.

No hay aquí, de otra parte, interferencia del concepto de tercer poseedor, ya que, aunque el tercero adquiere finca hipotecada, las nuevas obras de elevación no han sido costeadas por él.

(52) Es el concepto de ROCA SASTRE.

4. *Cuando transmiten a uno el edificio y a otro el derecho de vuelo.*

Como supuesto de combinación de los dos últimos y aplicando conjuntamente sus soluciones, el resultado es que todo quedará sujeto a la hipoteca.

B) CASO DE FINCA CONSTITUIDA EN PROPIEDAD HORIZONTAL PERTENECIENTE A UN SOLO PROPIETARIO O A VARIOS EN COMÚN O YA EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, QUE HAN HIPOTECADO CON DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD ENTRE LOS DISTINTOS LOCALES; Y CASO DE FINCA PERTENECIENTE EN PROPIEDAD HORIZONTAL A VARIOS PROPIETARIOS EN QUE ÉSTOS HAN HIPOTECADO SEPARADAMENTE SUS LOCALES

Estudio conjuntamente todos estos casos, puesto que, en definitiva, lo que ahora interesa no es tanto la existencia de una sola deuda —con deudor único o mancomunado— o de varias, sino el hecho de haberse producido división de responsabilidad, lo que es asimilable a la existencia de tantas hipotecas como departamentos gravados.

Los supuestos que podríamos distinguir aquí son los mismos del apartado anterior. No obstante, creo que sentando una regla general que los abarque a todos, su simple aplicación hará innecesarias ulteriores distinciones.

El problema es, presupuesto que el derecho de vuelo queda siempre hipotecado, el de determinar en qué medida lo está y cuál será la responsabilidad que deba asignársele, lo que tiene evidente importancia respecto del adquirente.

Hay que partir de la base de que, tanto si construyen los mismos propietarios en uso de su facultad de elevación como si se constituye el derecho de vuelo como derecho real independiente, se ha producido una variación respecto de un elemento común de la propiedad horizontal. Tras su previa desafección de tal carácter, el vuelo ha dejado de ser elemento común y se ha transformado en propiedad privativa, de los mismos dueños o de un tercero. Como consecuencia, al vuelo se le ha asignado una participación en los elementos comunes, que lleva consigo una reducción en la de los departamentos ya existentes.

Y puesto que la hipoteca de un piso o local o la responsabilidad a él asignada comprende el departamento en propiedad horizontal, que está integrado no sólo por el local en sentido estricto, sino también por su cuota de participación en lo común, como ya antes he dicho, el acreedor quedaría perjudicado si no se admitiera la extensión de su hipoteca al vuelo construido o no.

El perjuicio no se produce en modo alguno si llegado el momento de la ejecución ésta alcanza al derecho de vuelo o a lo nuevamente

construido en su ejercicio en la proporción correspondiente. Proporción que será la que, según su cuota de participación, corresponda a lo hipotecado en los elementos comunes (53).

Y en cuanto a la segunda cuestión, la de la responsabilidad hipotecaria del derecho de vuelo creado, es punto que exige la intervención y consentimiento del acreedor o del conjunto de acreedores, sin los cuales no puede ser fijada. La similitud con el supuesto de división de finca hipotecada es evidente.

C) CASO DE FINCA HIPOTECADA QUE SE TRANSMITE A UN TERCERO Y ÉSTE EDIFICA EN USO DE SU FACULTAD DE LEVANTE O CREA EL DERECHO DE VUELO

Parece que aquí sí entra en juego el concepto de tercer poseedor, y, por tanto, conforme al artículo 112, en comparación con el 110, 1.º, ambos de la Ley Hipotecaria, lo nuevamente edificado o el derecho de vuelo creado no deben quedar sujetos a la hipoteca.

Pero el evidente perjuicio —ya tantas veces dicho— que supone esta solución para el acreedor, que ve así mermada su garantía, me hace dudar de su exactitud.

De una parte, nos encontramos con que la legislación hipotecaria no es demasiado extensa en la regulación de la protección de los derechos del acreedor frente a actos que disminuyan su garantía, estableciendo únicamente la acción de devastación, que no parece encajar en el supuesto (54).

De otra, y dejando aparte la posible incorrección gramatical del artículo 112 de la Ley Hipotecaria (55), que variaría totalmente su sentido, la doctrina que se extrae de este artículo en lo relativo a elevación de edificio no resulta aceptable.

Si las mejoras consistentes en obras de transformación no son las de reparación y seguridad (mejoras necesarias) ni las de comodidad o adorno (mejoras voluntarias), sólo nos queda que sean mejoras útiles, y entonces, según ROCA SASTRE (56), el artículo 112 es digno de severa

(53) Un sencillo ejemplo como aclaración: en el caso de finca constituida por diez departamentos cuya cuota de participación es, en cada uno, del 10 por 100, al crearse el derecho de vuelo la hipoteca de los antiguos locales se extenderá respecto de cada uno a un 10 por 100 del derecho de vuelo o de los nuevos locales.

(54) Cfr. artículos 117 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario.

(55) ROCA SASTRE recoge la siguiente nota: "Escosura observa que en el ejemplar de la Ley Hipotecaria de 1861 que solía usar el señor GALINDO DE VERA cuando servía la plaza de auxiliar primero de la Dirección General de los Registros, aparece en el artículo 112 tachado el no y una nota en letra al pie del artículo diciendo: "Según manifestación de los autores de la Ley Hipotecaria sobra el no por errata" (en *Derecho hipotecario*, tomo IV-1.º, pág. 504).

(56) *Derecho hipotecario*, tomo IV-1.º, pág. 504.

crítica. Para este autor, el concepto «obras de transformación» tiene un contenido elástico, ya que, según los casos, puede expresar mejoras útiles —y hasta voluntarias— o mejoras necesarias; en el primer caso no quedan afectas por la hipoteca, pero sí en el segundo.

La solución, en mi línea, debe hallarse en la idea de que, salvo que el constructor realice la edificación como superficiaria para no afectar la titularidad del solar (57), debe entenderse que, efectivamente, en este caso no se halla hipotecada la obra, pero sí sujeta a ejecución, y aplicar de la disyuntiva del artículo 113 de la Ley Hipotecaria únicamente el derecho a exigir el importe de la obra realizada, por ser lo construido inseparable sin menoscabar el valor del resto de la finca (58).

X

EL DERECHO DE VUELO Y OTROS GRAVAMENES

Expuesto el caso de la hipoteca, que es el que presenta mayor complejidad, los principios que en él han servido serán de aplicación, con mayor claridad, a cualesquiera otros gravámenes recayentes sobre finca en que se cree el derecho de vuelo. Ello me releva de mayor detalle.

XI

EXTINCION

El derecho real de vuelo se extinguirá por las mismas causas que el derecho real de propiedad.

Ya he tratado antes de las posibles especialidades derivadas de los institutos de la caducidad y de la prescripción.

(57) Supuesto ciertamente muy teórico, pero que no puede descartarse —como tampoco puede excluirse del artículo 110 de la Ley Hipotecaria— respecto de la construcción de edificios donde antes no los hubiere.

(58) Sé que algunas de las soluciones que se defienden pueden parecer excesivamente dogmáticas en cuanto el acreedor hipotecario de un departamento no piensa, normalmente, en la participación que a tal local puede corresponder en el derecho de vuelo. No obstante, en apoyo de mi tesis, debo recordar que no hay razón para dar distinto tratamiento al vuelo como elemento común en el que cada departamento tiene una cuota de participación que, por ejemplo, al garaje configurado en estatutos como comunal o al jardín del edificio, que sí son tenidos en cuenta por el acreedor al tiempo de constituirse la hipoteca. Y que el perjuicio que para el acreedor supone la creación del derecho de vuelo con su correspondiente cuota en lo común y consiguiente disminución en la del departamento hipotecado, se manifiesta claramente en caso de siniestro del edificio, en que la participación en el suelo o en la indemnización correspondiente que, por subrogación, se entiende hipotecado será inferior a la que existiría sin la constitución del derecho de vuelo.

Sólo resta el caso de destrucción del edificio en el que se constituya. Para FONT BOIX (59), en el supuesto de derruirse el edificio, si los pisos están ya contruidos se aplicará el régimen normal de la propiedad horizontal, entrando en juego la norma del artículo 21, 1.º, de la Ley reguladora; en cambio, si no se ha verificado aún la construcción habrá que atender a lo pactado, al no existir norma legal que regule esta situación. En mi opinión, y de acuerdo con la tesis expuesta, en uno y otro caso será de aplicación la normativa ordinaria de la propiedad horizontal. Pero si al crearse el derecho de vuelo la cuota de participación del mismo se fijó con referencia a criterios no producidos —por ejemplo, con relación a la superficie a construir—, es problema que, salvo, naturalmente, el acuerdo de los interesados, sólo el juez puede resolver.

ANTONIO SOTO BISQUERT
Notario

(59) *Ob. cit.*, pág. 57.

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA
y EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. LEGADO: SU ENTREGA.—EN LA ENTREGA DE LEGADO ES FORZOSO ACATAR LO PRECEPTUADO EN EL ARTÍCULO 885 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE TIENE UN CLARO FUNDAMENTO DE RESPETO A LA INTEGRIDAD DE LAS LEGÍTIMAS Y DEMÁS DERECHOS DE TERCEROS INTERESADOS, Y QUE OBLIGA O A QUE PRECEDA LA LIQUIDACIÓN DEL CAUDAL O A QUE, EN SU DEFECTO, INTERVENGAN LOS HEREDEROS FORZOSOS EN LA ENTREGA.

Resolución de 25 de mayo de 1971 (B. O. del E. de 18 de junio).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura pública, que autorizó el Notario recurrente el 4 de octubre de 1964, unos cónyuges donaron en nuda propiedad a sus ocho hijos varias fincas, parafernales unas y gananciales otras, reservándose los donantes una pequeña parcela, que fue vendida posteriormente; que, asimismo, no había sido donada otra finca propiedad de la esposa, quien, en testamento abierto el 4 de marzo de 1966, la legó a su marido, al que autorizó «para que tome posesión de la finca legada sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen ya recibido más de lo que por legítima les corresponde». La testadora falleció el 4 de marzo de 1966, y el 19 de agosto siguiente, el viudo otorgó ante el Notario recurrente escritura de toma de posesión de legado, adjudicándose la finca de referencia.

Presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura, acompañada de otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente

documento, porque, según el artículo 885 del Código Civil, la entrega de la cosa legada deben hacerla los herederos o albacea.» El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó, entre otras razones, que es costumbre tradicional en el campo de Cartagena que los cónyuges al llegar a cierta edad hagan donación a sus hijos de la nuda propiedad de sus bienes, considerando este acto más como partición que como simple liberalidad *inter vivos*; que en ocasiones ceden también el uso o disfrute, percibiendo frutos o renta estipulados en documento aparte; que, aunque es menos frecuente, en patrimonios no cuantiosos los padres se reservan a veces el pleno dominio sobre algunos bienes para poder hacer frente a gastos extraordinarios que puedan presentarse, como enfermedad, intervención quirúrgica o necesidad análoga; que esto es lo que hicieron los cónyuges, partiendo entre sus hijos su patrimonio y reservándose dos fincas: una, que vendieron en vida, y otra, que fue legada por la mujer a su esposo con la evidente voluntad de que para disponer de la misma no tuviera que depender de sus hijos, que según la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928, el artículo 885 del Código Civil sólo es aplicable en el caso de que el testador no haya ordenado otra cosa, del propio modo que es imperativo pasar por la partición hecha por el causante siempre que no perjudique la legítima.

El Registrador mantuvo su calificación e informó que el artículo 885 del Código Civil es tajante en su prohibición de que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada; que el citado precepto sustantivo se complementa en su aspecto formal por el penúltimo párrafo del artículo 83 del Reglamento Hipotecario; que lo dicho queda ampliamente confirmado por la resolución de 7 de abril de 1906 y sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1891, y que la intangibilidad de las legítimas puede quedar totalmente ineficaz si se aceptan los razonamientos del Notario recurrente. Confirmada por el Presidente de la Audiencia la nota calificadora y alzado el recurrente de la decisión presidencial, la Dirección General confirma el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 885, 1.056, 1.057 y 1.058 del Código Civil, 83 del Reglamento Hipotecario y la sentencia de 26 de octubre de 1928.

Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de toma de posesión de legado hecha por el propio legatario, cónyuge viudo de la testadora, que le autoriza en su testamento a hacerlo por sí mismo, sin que hayan intervenido los ocho hijos y herederos, quienes con anterioridad habían recibido diversos bienes por vía de donación de ambos padres, que no tendrían el carácter de colacionables en las respectivas herencias de los donantes.

Considerando que el Notario recurrente centra toda la argumentación en defensa de su tesis, en el hecho de que se trata de una partición realizada por la testadora unilateralmente, si bien no en un solo acto, sino a través de las diferentes donaciones a favor de los hijos y del propio testamento de la causante, cuyo conjunto recoge la partición de sus bienes, a la que se aplicará el artículo 1.056 del Código Civil y producirá todos sus efectos en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que no tiene lugar según indica la propia testadora.

Considerando que la partición de bienes, tanto si la realiza el testador por actos *inter vivos* o *mortis causa*, como si son los propios herederos quienes la formalizan, requiere para su plena eficacia que sea completa y se hayan verificado todas las operaciones necesarias para ello, desde la

determinación del haber partible, a través del inventario y avalúo correspondiente de bienes, aun cuando puede no comprender todos, hasta llegar a su división y adjudicación a los herederos con toda la variedad de incidencias y actos intermedios que, según los casos, podrían presentarse y que suelen consistir en fijación de legítimas, colocación de bienes, pago de deudas, entrega de legados, etc., por lo que difícilmente puede afirmarse que en el supuesto de este expediente haya podido tener lugar un acto de tal clase, a través de una serie de actos parciales, como son las donaciones no colacionables realizadas por el matrimonio donante a los hijos, el testamento en que la madre ordena la entrega del legado al padre y la escritura en que éste mismo se adjudica directamente el bien objeto de dicho legado sin el consentimiento de los hijos, pues la acumulación de todos estos actos—por otra parte, sin relación entre sí—deja sin resolver muchas de las cuestiones que la partición presenta, con la posibilidad de quedar desvirtuados o sin efecto derechos que a los herederos pueden afectar, aparte de que difícilmente puede sostenerse el carácter unilateral de esta llamada partición, dada la serie de actos en los que, como las donaciones realizadas a los hijos, hay una intervención de éstos.

Considerando que la posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada, tal como, entre otros casos, declaró la sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador, ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en el artículo 885 del Código Civil, que sólo ha de tener aplicación cuando aquél no haya usado de la libre facultad de permitir que se poseione directamente el legatario de los bienes legados, es doctrina totalmente ajustada a derecho cuando no hay herederos forzosos, pero que no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos y que hace necesaria su presencia.

C) *Comentario.*—De los supuestos de hecho del presente recurso resulta:

- la existencia de bienes gananciales y parafernales en la sociedad conyugal;
- la donación de la nuda propiedad de las fincas integrantes del patrimonio conyugal efectuada por sus titulares en favor de sus hijos y con intervención de éstos;
- la atribución del carácter de no colacionables a tales donaciones;
- la reducción, en consecuencia, del patrimonio conyugal, al derecho de usufructo de los cónyuges sobre las fincas donadas y a una finca propiedad de la mujer;
- testamento de la esposa legando dicha finca de su propiedad a su marido y facultándole para que tome posesión de la misma sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen ya recibido más de lo que por legítima les corresponde.

Por consiguiente, dos cuestiones plantea el presente recurso:

1. La previa de determinar si la partición hereditaria habrá de considerarse como una sola operación compuesta de actos sucesivos, sin solución de continuidad, tendentes a la distribución del haber hereditario entre quienes corresponda, o si dentro del concepto de partición y en un sentido amplio pueden integrarse aquellas operaciones diferidas en el tiempo, no relacionadas entre sí y en las que intervienen personas distintas del testador.

2. Si dentro del concepto de legado, la obligación de su entrega corresponde siempre al heredero, o si el testador, por su propia voluntad, puede facultar al legatario para que se haga cargo del mismo.

Respecto de la primera cuestión planteada, la doctrina considera a la partición como el conjunto de operaciones: inventario, avalúo, liquidación de caudal, división y adjudicación, cuya finalidad es la de distribuir el caudal hereditario. En este sentido, ROCA SASTRE (1) la define como «el acto jurídico, unilateral o plurilateral, necesario e irrevocable, de naturaleza declarativa, compuesto de un conjunto ordenado de operaciones, verificadas sobre ciertas bases o supuestos de hecho y de derecho, y en el cual, después de determinarse el activo y pasivo de la masa hereditaria y de proceder a su avalúo y liquidación, se fija el haber de cada partícipe, se divide el caudal partible y se adjudica cada lote de bienes formado a cada heredero respectivo, provocando la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto (derecho hereditario) en titularidades concretas sobre bienes determinados (dominio o propiedad exclusiva u ordinaria). Pero como se ve, la anterior definición parte del supuesto de que exista masa hereditaria susceptible de reparto, mientras que en el presente recurso nos encontramos ante una distribución de bienes que tiene lugar en vida del causante. El Código Civil—artículo 1.056—deja a salvo la posibilidad de que la partición se realice por actos *inter vivos* o por última voluntad, criterio que reitera el artículo 1.271 al hablar de los contratos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división del caudal. Según ROCA SASTRE (2), «para determinar la eficacia o el valor de la partición hecha por el causante, hay que distinguir según se examine la misma con relación al tiempo anterior a su fallecimiento o con referencia a la fase posterior al mismo; antes, la partición tiene la categoría de un mero proyecto particional, después es una partición definitiva. De ello extrae la consecuencia de que antes de fallecer el causante puede revocarla o modificarla, pues para él y para todos se trata de una disposición de última voluntad. De esta posición resulta la eliminación de la donación como vehículo particional debido precisamente a su falta de revocación en vida del causante, salvo los casos excepcionales previstos en el Código Civil—artículos 644 y siguientes—. Sin embargo, esta consecuencia parece excesivamente rígida dada la redacción del citado artículo 1.271, ya que entre los contratos a que alude pueden incluirse a las donaciones, que precisan la aceptación del donatario.

Pero aunque la partición pueda realizarse en vida del causante mediante actos irrevocables, será siempre necesario que de estos actos resulte claramente la intención de partir, pues de otro modo nos encontraremos simplemente ante un acto de pura liberalidad, como es la donación; será también preciso, por no existir previa liquidación de la sociedad conyugal entre los esposos, que los bienes objeto de reparto sean los propios del cónyuge que lo efectúa, y, finalmente, en el presente caso, falta el carácter orgánico que indudablemente tiene toda operación particional con la necesaria realización de esa serie de actos intermedios como fijación de legítimas, colación, etc.

En consecuencia, el problema queda ya reducido a si esa atribución de carácter particional de los actos realizados puede efectuarse con posterioridad por el testador, que es lo que ocurre en el presente caso. Es lógico que tampoco pueda admitirse este criterio en atención, sobre todo, al acto de liberalidad realizado dotado de la característica de irrevocabi-

(1) *Derecho hipotecario*, tomo II, pág. 614 edición 1948

(2) *Ob. cit.*, tomo II, pág. 617

lidad. Por consiguiente, si se considera que no ha existido operación particional alguna, se facilita la solución de la segunda de las cuestiones apuntadas, relativa a la entrega del legado.

El Código Civil, como regla general, establece en el artículo 885 que «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Pero ¿puede el testador dispensar al legatario de la obligación de entrega o la norma citada tiene el carácter de orden público y, por tanto, no puede el testador desconocerla? Roca SASTRE (3), entre los casos en que no es necesario el requisito de la entrega, señala el de que el testador autorice al legatario para que tome por sí posesión de la cosa legada, pues la voluntad del testador es ley en la sucesión—sentencia de 26 de octubre de 1928—. No obstante, entendemos que en el presente supuesto la voluntad del testador no puede prevalecer, ya que tiene un claro límite de respeto a la legítima impuesto por los artículos 813 y 817 del Código Civil, pues, como hemos visto, las donaciones que efectuaron los cónyuges tuvieron el carácter de no colacionables, es decir, no pueden ser objeto de imputación para la fijación de legítimas—artículos 1.035 y 818 del Código Civil—. En consecuencia, el patrimonio existente al fallecimiento del testador es el que debe ser objeto de reparto, y sobre ese patrimonio ostentan sus intangibles derechos los legitimarios, lo cual nos lleva a la conclusión de que la obligación de entrega del legado haya de efectuarse por los herederos en favor del legatario o bien podrán aquéllos pedir su reducción, dado lo dispuesto en el artículo 817 del Código Civil.

A este criterio responde el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, cuya norma general, precisa LA RICA (4), es la de que para la completa efectividad del legado y para su inscripción en el Registro se requiere la entrega del mismo hecha por las personas facultadas por el testador para hacerla (contadores-partidores o albaceas) y, en su defecto, por el heredero o herederos, de ahí que se requiera en dicho artículo 83 escritura, que ha de ser otorgada, en primer lugar, por el propio legatario y por el contador-partidor o albacea que esté facultado para hacer la entrega, y en defecto de ambos, por el heredero o herederos.

E. F. C.

(3) *Ob. cit.*, pág. 611

(4) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 81.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

II. DERECHOS REALES

DESLINDE DE FINCAS. ARTICULOS 384 y 387 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1970.)

La totalidad del terreno objeto de contienda por deslinde se integra por un solar propiedad del actor «A» y por otro solar del demandado «D», situado a continuación del anterior, estando incluido en el últimamente citado una parcela propiedad del Ayuntamiento X, que no linda con el solar del actor, sino sólo con el del demandado, si bien queda incluida en la totalidad del terreno discutido. Hay que hacer constar que dicha parcela fue adquirida con posterioridad, estando el pleito en trámite, por el demandado «D».

Ante el deslinde realizado unilateralmente por «D», que según «A» supuso una invasión de dos metros en el solar de su propiedad, «A» interpone demanda solicitando: 1.º Que se reconozca su derecho a deslindar el solar de su propiedad en su límite con el de «D». 2.º Que se distribuya el exceso de cabida de la totalidad del terreno en proporción a las superficies de los títulos respectivos.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia estiman la acción de «A», reconociendo su derecho de deslinde, y estableciendo que «los excesos o falta de cabida se distribuirán en proporción a las superficies de los respectivos títulos. (Lo de cursiva es mío, y va a ser la base del recurso y de la doctrina del Supremo.)

«D» interpone recurso de casación por dos motivos: 1.º Porque se ha infringido el artículo 6.º del Código civil, ya que existe un principio general del Derecho que dice que «nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio», y ocurre que en este caso no se ha citado al Ayuntamiento X, propietario de parte del terreno discutido en el momento de la demanda. Ha faltado, pues, legitimación pasiva procesal. 2.º Porque la sentencia ha incurrido en *ultra petita*, ya que concede más de lo solicitado por «A», que sólo pedía la distribución de los «excesos de cabida», pero no la distribución de la «falta de cabida».

El Tribunal Supremo mantiene la siguiente postura:

1.º Desestima el primer motivo del recurso, pues, conforme a las sentencias de 16 de abril de 1947 y 8 de julio de 1953, «ejercitada por la parte actora una acción de deslinde encaminada a conseguir únicamente la determinación de los linderos que separan su finca de la del demandado, no es preciso integrar en el pleito, a efectos del artículo 384 del Código civil, a los demás propietarios de terrenos limítrofes, que por tener fijados y reconocidos sus contornos territoriales, carecen de interés protegible en esta clase de litigio», aparte de que no es colindante con el solar del actor la parcela del Ayuntamiento.

2.º Estima el segundo motivo del recurso, casando en este aspecto la sentencia apelada, que incurrió en *ultra petitem*, pues sólo se solicitó la distribución de los excesos de cabida en proporción a las superficies de los títulos y no la distribución de la falta de cabida.

ACCION REIVINDICATORIA. CONFLICTO DE JURISDICCIONES. ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1970.)

Se trata de un supuesto de acción reivindicatoria contra el Estado, que inscribió en el Registro de la Propiedad a su nombre una finca por título de confiscación.

El Tribunal Supremo mantiene:

1.º Que es competente para entender del asunto la jurisdicción civil ordinaria, ya que lo debatido y decidido en instancia quedó circunscrito a la nulidad no de la sanción económica impuesta por motivos políticos en el año 1936 por el órgano gubernativo, sino a la nulidad de la posterior medida de confiscación y consiguiente inscripción registral a favor del Estado ordenadas en el procedimiento de ejecución seguido por órganos pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, para la efectividad de aquella condena, sin que se ponga en tela de juicio la validez de la condena misma. (Dicha confiscación se declaró nula en instancia por faltar en el procedimiento los trámites legales.)

2.º Que el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, alegado por el Estado recurrente, que inscribió el título nulo de confiscación, se limita a establecer una presunción *iurus tantum*, desvirtuable por la prueba en contrario, y en este caso quedó probado que el titular registral no poseyó la finca, sino que fue el Ayuntamiento X, durante todo el tiempo transcurrido, por lo que no puede prosperar el recurso interpuesto por la representación del Estado.

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE POR NO SER RUSTICA LA FINCA. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1970.)

Doctrina de la sentencia.—Para que proceda el retracto de colindantes ha de tratarse de una finca destinada a la explotación agrícola en el momento de la perfección de la venta, según reiterada jurisprudencia interpretativa del artículo 1.523 del Código civil. (Cita las sentencias anteriores de 17 de diciembre de 1928 y 6 de noviembre de 1947.) Por ello, la sentencia de la Audiencia, que se basó en esa argumentación, no puede ser casada, a pesar de que el colindante recurrente estima que se aplicó indebidamente el artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos (por entender que la definición de finca rústica por la legislación arren-

daticia no puede ser aplicada a la regulación del retracto de colindantes). El Tribunal Supremo, en esta sentencia de 3 de octubre de 1970, aclara que la legislación arrendaticia no fue la base de la sentencia apelada, que únicamente utilizó dicha normativa como refuerzo de su argumentación basada en doctrina constante de esta Sala sobre el requisito del destino agrícola de la finca para que proceda el retracto de colindantes del Código civil.

Comentario.—La distinción entre fincas rústicas y urbanas tiene en nuestra legislación importantes consecuencias prácticas. Una de ellas es que decide si procede o no el retracto de colindantes regulado por el Código civil, ya que el artículo 1.523 sólo concede dicho retracto cuando se trata de la venta de una finca rústica.

Esta cuestión de si la finca era o no rústica a efectos del retracto de colindantes se planteó en el caso de la sentencia que vamos a comentar.

De los cuatro criterios tradicionales de distinción de las fincas rústicas y urbanas elaborados por la doctrina y por la jurisprudencia (el destino, la situación, la accesoriidad y la existencia de construcciones), esta sentencia se refiere únicamente al criterio del destino (explotación agrícola de la finca). Ciertamente, en materia de retracto de colindantes, este es el criterio fundamental, ya que la *ratio* de este retracto es evitar el minifundio que impide el cultivo o explotación agrícola, y, por ello, es lógico y básico que la finca que se trate de retraer sea susceptible de cultivo o explotación agrícola. Ello puede explicar la referencia de la sentencia a este criterio de distinción, confirmando la sentencia apelada que no admitió el retracto del colindante.

Pero no hay que olvidar los otros criterios. Precisamente la sentencia apelada se refiere a la situación o enclave de la finca entre edificios y no sólo a la carencia de explotación agrícola de la misma. Y las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1954 y 1 de diciembre de 1927 aplicaron el criterio de la accesoriidad, negando el retracto en un caso de venta de un huerto accesorio a casas de población. Aparte de que, como se trata de una cuestión de hecho que ha de resolverse según las circunstancias de cada caso (sentencia de 21 de abril de 1956), creo que lo más adecuado es utilizar conjuntamente los cuatro criterios apuntados, si bien haciendo prevalecer en esta materia del retracto de colindantes el criterio del destino, por la razón básica apuntada.

Lo que no debe servir como criterio distintivo, a estos efectos, es la calificación y otros datos que resulten de la escritura de venta y del Registro de la Propiedad. Ciertamente la calificación que las partes dan a la finca en la escritura y que luego se refleja en el Registro de la Propiedad surte importantes efectos. Así, por ejemplo, a propósito del retracto de colindantes regulado por la legislación especial de Unidades Mínimas de Cultivo, la mera denominación de la finca como rústica y la calificación notarial y registral realizadas determinan la consecuencia de que ha de consignarse en la inscripción de división la mención del derecho de los colindantes cuando se formen unidades inferiores a la mínima de cultivo. Pero dicha calificación notarial y registral no determinan la posibilidad de ejercicio del retracto, sino que éste surge si la finca es en la realidad rústica en el momento de la venta, aunque en la escritura y en la inscripción conste como urbana. A lo sumo existirá la presunción *iuris tantum* de que la finca es rústica o urbana; pero en el supuesto de retracto de colindantes, esta presunción legitimadora ofrece escaso interés, pues al plantearse el pleito se examinará la cuestión sobre el terreno y el Juez resolverá teniendo en cuenta exclusivamente los criterios tradicionales antes apuntados, no la calificación de la escritura o del Registro.

En el caso que comentamos la finca se describía en la escritura de

venta como si fuera rústica (señalando superficie y linderos al estilo de las fincas rústicas), y el colindante alegó este hecho como favorable a la calificación de la finca como rústica.

Pero hay que contestar que en este retracto se debe decidir objetivamente, conforme a la realidad, si la finca es o no rústica, prescindiendo de la calificación que le den los interesados en la escritura de venta, ya que es una cuestión de hecho y de interés público (como todos los retractos legales), y por ello la realidad debe quedar por encima de las declaraciones de los interesados. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, no atiende, con razón, a esta alegación hecha por el colindante recurrente.

Se podría plantear también si puede servir como criterio definitorio de la naturaleza de la finca, a efectos del retracto de colindantes, el móvil o finalidad que impulsa al comprador en la adquisición de la finca, y, concretamente, el destino que él piensa dar a la misma. Hasta ahora, cuando nos hemos referido al destino lo hemos hecho desde el punto de vista objetivo o real, prescindiendo del aspecto subjetivo y más bien futuro que inspira al comprador al adquirir. La pregunta es si puede influir este «motivo» del contrato en el retracto del colindante. La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo ha dado relevancia a los móviles del acto jurídico, siempre que se concreten luego en la realidad, en un plazo determinado. Así, el párrafo segundo del artículo 2.º de dicha Ley dice que «de la unidad mínima podrán segregarse, en todo caso, parcelas sobre las que vaya a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente. Transcurrido un año sin que éstas se inicien, podrán ser ejercitadas por los colindantes los derechos regulados en el artículo siguiente, siempre que la edificación no se hubiese comenzado en el momento de ejercitar la acción». ¿Se puede aplicar por analogía este artículo al retracto de colindantes regulado por el Código civil para el supuesto de venta de una finca rústica? Podría decirse en favor de la aplicación analógica que la misma *ratio* inspira a la legislación de Unidades Mínimas de Cultivo (que concede el retracto en supuestos de división o segregación de parcelas) y al artículo 1.523 del Código civil (dicha *ratio* es evitar el minifundio, según se ha dicho al principio). Pero soy partidario de no aplicar la analogía aquí, ya que no existe identidad ni analogía de supuestos. La ley especial se refiere al supuesto de «segregación para edificar», y toma en consideración los móviles del dueño actual de la finca, haciendo prevalecer la finalidad «urbanística» del dueño frente a la finalidad «agrícola» del colindante. En cambio, el Código civil se refiere al supuesto de venta, y entonces entrarían en conflicto el interés de un comprador (nuevo dueño), que se propone destinar la finca a la edificación, y el interés del colindante, que se propone destinar la finca a la explotación agrícola. En el Código, pues, el dueño primitivo desaparece de la circulación, y quedan en escena dos personas, hasta ahora extrañas a la finca: el comprador y el colindante. ¿Por qué iba a prevalecer el interés del comprador, si ello no resulta del Código civil, ni de la ley especial, que sólo se refiere al dueño que segrega parcelas? Estas razones, en mi opinión, impiden aplicar la analogía.

Además, desde el punto de vista de la sentencia que comentamos, ello tampoco sería posible, pues esta sentencia dice que la rusticidad de la finca ha de referirse al momento de la perfección de la venta, no a un momento posterior (v cita las sentencias de 17 de diciembre de 1928 y la de 6 de noviembre de 1947).

Ahora bien: tampoco estoy de acuerdo con esta apreciación, porque creo que el momento clave en el retracto de colindantes es el de la consumación de la venta por la tradición, no el de la perfección de la venta por el mero consentimiento. Me baso para ello en el concepto de retracto legal que resulta del artículo 1.521: «El retracto legal es el derecho de

subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que «adquiere» una cosa por compra o dación en pago». Destaco la palabra «adquiere» porque, según el artículo 609 del Código, y según la teoría del título y el modo, sólo se adquiere una cosa (aparte de otros modos de adquirir) por el contrato más la tradición. Y me baso también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 20 de mayo de 1943, 8 de julio y 21 de diciembre de 1946 y 5 de febrero de 1952), que dice que la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que se produce la tradición.

Por último, creo que debe rechazarse la idea de aplicar la legislación de arrendamientos rústicos para obtener un concepto de finca rústica a efectos del artículo 1.523 del Código civil, pues la definición que se da de finca rústica en dicha legislación es sólo «a efectos de esta ley», y, además, como dice el colindante en el recurso, la legislación arrendaticia obedece a distinta *ratio* (protección al arrendatario por motivos sociales) que el retracto de colindantes del Código civil. Por ello, estimo que no puede aplicarse la definición de finca rústica de la legislación arrendaticia, pues en otro caso se desconocería la distinción entre Derecho común y especial. En la presente sentencia, el Tribunal Supremo sólo parece permitir esta vía «para reforzar una argumentación» obtenida por otro camino.

RETRACTO DE COLINDANTES. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1970.)

Habiendo quedado probado en el Tribunal de instancia y en la Sala de la Audiencia la titularidad dominical del retrayente sobre su finca colindante, éste tiene legitimación suficiente para ejercitar el retracto que el artículo 1.523 del Código civil concede al «propietario» colindante, por lo cual no puede prosperar el recurso de casación interpuesto por el comprador retraído, basándose en infracción del citado artículo 1.523 del Código civil. Tampoco puede prosperar el motivo de casación consistente en estimar infringido el artículo 1.618, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues la infracción de preceptos de la ley procesal no puede servir de base al recurso de casación «por infracción de ley o de doctrina legal», según tiene declarado reiterada jurisprudencia.

VENTA DE COSA AJENA: PUEDE SER ELEVADA A PUBLICA, PERO NO AFECTA AL TITULAR REGISTRAL. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1970.)

Llamaremos «TR» al titular registral de la finca; «V», a la vendedora de una mitad indivisa de dicha finca, y «C», al comprador de la citada mitad indivisa.

El caso es el siguiente: «V» vendió la mitad indivisa de un solar en documento privado a «C», a pesar de que la vendedora no era titular registral de ninguna participación sobre el solar, ya que, según el Registro de la Propiedad, éste correspondía íntegramente a «TR».

Como «C» no puede formalizar registralmente su adquisición por falta de tracto sucesivo, y ante los problemas que tiene con «TR» interpone demanda contra éste y contra «V», defendiendo la adquisición de la mitad indivisa de solar en base al documento privado de compra y a otro documento, también privado, de adjudicación de herencia, de cuyas cláusulas se desprende, según «C», que «TR» estaba obligado a transmitir una mitad indivisa a «V», y solicitando «C» al Juzgado que se eleven a públicas ambas transmisiones privadas, lo que permitiría que apareciera luego en el Registro como cotitular con «TR», por mitades indivisas.

Pero la tesis de «C» no prospera, pues la inscripción registral es clara y terminante en favor de «TR», y, en cambio, el documento privado de adjudicación hereditaria no es todo lo claro que pretende «C», ya que tal documento en realidad lo que exige es que «TR» venda todo el solar y dé la mitad del precio a «V» y a otros herederos. Por todo ello, el Juzgado de Primera Instancia y la Sala de la Audiencia reconocen la posibilidad de que sea elevada a pública la venta privada hecha por «V» a «C», pero, a pesar de esto, quedaría indemne la propiedad registrada de «TR» sobre la totalidad del solar.

«C» interpone recurso de casación extrañando esta solución de admitir la elevación a pública de su compra y, en cambio, no admitir su eficacia frente a «TR».

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, confirmando las sentencias anteriores y manteniendo en síntesis:

1.º Que debe respetarse actualmente la propiedad del titular registral sobre la totalidad del solar, pues la vendedora de la mitad indivisa carecía de título adquisitivo del objeto vendido, por lo cual la venta no puede afectar a «TR».

2.º Que es perfectamente compatible admitir la eficacia de la titularidad registral y permitir, dada la validez de la venta de cosa ajena, la elevación a pública de dicha venta, pero con los consiguientes efectos limitados de la elevación a pública, ya que no afectará de momento a «TR».

O con palabras textuales de la sentencia:

«Considerando: Que en el fondo del pleito late—aunque no se plantea abiertamente—la cuestión relativa a la validez y licitud de la venta de cosa ajena, que tanto apasiona a la doctrina científica, y en la que se mostró vacilante la jurisprudencia española, hasta la sentencia de 5 de julio de 1958, que recogió las de 31 de enero de 1921, 1 de marzo de 1949 y 27 de marzo de 1959, y aludió al párrafo último del artículo 399 de nuestro Código civil, que autoriza un supuesto especial de venta de cosa ajena.»

«Considerando: Que en el motivo cuarto, y por la vía del número primero del mencionado artículo 1692, se alega que la sentencia recurrida infringe, «por violación», los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, al decir que ... (TR) no viene obligado a reconocer el contrato de compraventa de 1961, por no existir enlace preciso y directo entre el hecho que se declara probado y la presunción a que se llega»; para el recurrente resulta falta de rigor lógico haber reconocido la procedencia de elevar a escritura pública dicho contrato y, sin embargo, no reconocer la titularidad dominical del actor respecto a la mitad del solar, y, por consiguiente, el condominio que sobre la finca actualmente existe.»

«Considerando: Que la improcedencia de este motivo es evidente, si se tiene en cuenta: Primero. Que invoca como violados, a la vez, en el mismo motivo los artículos 1.249 y 1.253, que debían ser esgrimidos en motivos y por cauces distintos. Segundo. Que, como ya queda razonado, el no reconocimiento de la cualidad de titular dominical del recurrente no es una deducción que la sentencia obtiene por la vía de presunciones, sino que es una afirmación jurídica que ninguna relación guarda con ese medio probatorio que regula nuestro Código en el artículo 249 y siguientes.»

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE UN CAMION. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1970.)

Por documento privado de fecha 1959 (anterior a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, por lo que queda el supuesto fuera de dicha

Ley) se vendió un camión a «C», pactándose la reserva de dominio a favor del vendedor «V» mientras no estuviera totalmente pagado el precio aplazado.

En estas circunstancias, el camión fue intervenido por transportar café de procedencia extranjera, siendo «C» encartado ante el Tribunal Provincial de Contrabando y Defraudación, imponiéndosele multas y absolviendo de toda responsabilidad a «V», si bien se estableció el comiso y venta del camión, a título de pena accesoria a «C».

Entonces «V», titular del camión en virtud del pacto privado de reserva de dominio, interpone recurso de alzada ante el Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación, que confirmó el fallo recurrido. Antes de promover la vía judicial ordinaria, «V» recurrió en alzada al Ministro de Hacienda, y, existiendo silencio administrativo, reclama su propiedad privada sobre el camión ante el Juzgado de Primera Instancia, siendo demandados el Estado y «C». El Juez de Primera Instancia y la Sala de la Audiencia estiman la demanda de «V», y reconocen su propiedad conforme a las normas civiles.

El abogado del Estado interpone recurso de casación por infracción de ley, al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues al decidir la jurisdicción ordinaria esta cuestión se ha producido incompetencia por razón de la materia, ya que el fallo, al dejar sin efecto el comiso, se ha excedido en el ejercicio de su jurisdicción, conociendo de un asunto ajeno a su competencia, por estar reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Tribunal Supremo estima el recurso, ya que la sentencia recurrida rebasa los límites dentro de los cuales ha de desenvolverse la jurisdicción ordinaria, estableciéndose en el apartado C) del artículo 3.º de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 que conocerá dicha Jurisdicción de las cuestiones que una Ley les atribuya especialmente, y de conformidad con lo que se dispone en el artículo 49 de la Ley de Contrabando de 11 de septiembre de 1953 (hoy art. 51 de la vigente Ley de 16-7-1964), la jurisdicción para conocer de las infracciones en materia de contrabando es exclusivamente administrativa; así, pues, es procedente casar la sentencia recurrida en lo que se refiere al pronunciamiento que contiene relativo a que se deje sin efecto el comiso del camión objeto del proceso de tercera de dominio.

LUCES Y VISTAS. PRUEBA DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Se trata de un problema del dominio sobre un trozo de terreno contiguo a una casa, pues se plantea si pertenece al dueño de dicha casa o es más bien parte de la vía pública o camino vecinal que separa la casa de otra contigua. Problema importante en este caso a efectos de luces y vistas, pues el dueño de la otra casa había abierto ventanas y balcones a menos de dos metros de dicho terreno, pero a más de dos metros de la casa contigua al terreno, siendo, por ello, la prueba del dominio de dicho terreno, determinante de si la apertura de ventanas cumplía la distancia reglamentaria de dos metros de separación de la propiedad colindante, a que se refiere el artículo 582 del Código civil.

Según esta sentencia, no constituye una prueba del dominio sobre dicho trozo de terreno una escritura notarial otorgada en el año 1827, por la que los causantes del actor gravado por las luces compraron la casa «con un pedazo de parra» (*sic*), «hoy inexistente», se dice en los autos, «a la puerta principal que da al Camino Real», pues, razona el Tribunal

Supremo, dicha escritura no acredita que pertenezca al actor el trozo de terreno sobre el que antiguamente *volaba* la parra de viña alta.

Tampoco es prueba suficiente del dominio una certificación del Registro Fiscal de Edificios y Solares, pues la certificación municipal «carece de la necesaria autenticidad intrínseca, material o de fondo, a los pretendidos efectos de prueba del dominio, y nada contiene sobre el punto controvertido, ya que sólo consta en ella que la casa linda por su frente con camino vecinal.

Y en cuanto a las presunciones, la sentencia del Tribunal Supremo señala que no existe violación por parte de la sentencia apelada, como opina el actor, del artículo 1.253 del Código civil, pues «entre la mera circunstancia de que una casa hubiese tenido en el pasado a su fachada principal un pedazo de parra» y la atribución del dominio en relación con la zona de terreno sobre el que vuela o *volaba*, no existe el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que es el requisito exigido por dicho artículo para poder establecer una presunción de propiedad, en este caso.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1970.)

Se desestima el recurso de injusticia notoria interpuesto por un arrendatario al que no se reconocían los derechos de tanteo y retracto en un caso de venta en pública subasta de unas dependencias de una casa, por motivos puramente formales, ya que el recurso se articuló sobre la base de infracción de ley y de doctrina legal por violación e inaplicación del artículo 47 y el 50, entre otros, de la Ley de Arrendamientos urbanos. Según esta sentencia del Tribunal Supremo, «esto es una anomalía, pues la cita conjunta y simultánea de una infracción por el concepto de violación y de inaplicación resulta antitética, puesto que si un determinado precepto no fue en realidad aplicado, no cabe denunciar más que esa falta de aplicación, lo que no es compatible con ningún otro concepto que implique transgresión al aplicar torcidamente la norma, so pena de ir contra el llamado principio de contradicción, que impide que una cosa pueda, al mismo tiempo, ser y no ser, determinándose un confusionismo, por falta de esa precisión y claridad que imperativamente se exige por la ley».

ARRENDAMIENTO: REALIZACION DE OBRAS. OBJETO DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1970.)

Resumen.—El hecho de que el propietario de un patio anterior al local arrendado consintiese en la realización de unas obras en aquél por el anterior arrendatario del local es síntoma de que dicho patio era también objeto del contrato de arrendamiento. Por ello, realizado el traspaso del local el nuevo arrendatario puede exigir del arrendador la realización de las obras que necesite la construcción existente en el citado patio.

El caso y la sentencia.—El arrendatario de un local sito en parte en los bajos de un edificio y en parte en otro edificio, estando comunicadas

ambas partes por un patio en el que se construyó un pabellón, suplica se dicte sentencia declarando que la parte arrendadora está obligada a realizar las obras de reparación necesarias a fin de conservar adecuadamente el local objeto de arrendamiento. La arrendadora demandada contesta negando que el actor sea arrendatario, ni, por tanto, ella arrendadora, de todos los elementos que aquél cita, ya que el solar o patio donde el arrendatario anterior al actual hizo el pabellón cuya reparación ahora se solicita no entraba ni, entra en el contrato de arrendamiento, ya que constituye un acceso para la entrada en el local arrendado.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda del arrendatario. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado e impone a la arrendadora la obligación de realizar las obras necesarias.

La arrendadora demandada interpone recurso de injusticia notoria, alegando el objeto del contrato de traspaso y los recibos de la renta, que hacen ver que la parte necesitada de obras no fue objeto de arrendamiento.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso:

«Considerando: Que como ni del contrato de traspaso ni del recibo de renta que como documentos auténticos se señalan para fundar el error de hecho en la apreciación de la prueba, que al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos urbanos, se denuncia en el primer motivo del recurso, surge directamente y sin necesidad de interpretación, la equivocación evidente del Juzgador, que, por el contrario, deduce del consentimiento otorgado por la propiedad para la realización de las obras efectuadas por el anterior arrendatario en el patio que quedó cubierto y que el mismo está comprendido en el traspaso, ha de ser el motivo desestimado, y como el segundo que por el ordinal tercero del citado artículo denuncia la aplicación indebida del artículo 107, es consecuencia del anterior, debe correr la misma suerte con la obligada consecuencia de la desestimación del recurso.»

E. I. M.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS RECURSOS. CLASES DE LAS RESOLUCIONES QUE PONEN FIN A UN PROCESO. APLICACION DEL ARTICULO 1.689 DE NUESTRA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. LAS RESOLUCIONES QUE RECAEN EN LOS INCIDENTES O ARTICULOS SOBRE EXCEPCIONES DILATORIAS SOLO TIENEN EL CARACTER DE DEFINITIVAS CUANDO PONEN TERMINO AL PLEITO PRINCIPAL, HACIENDO IMPOSIBLE SU CONTINUACION. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—En autos de juicio declarativo de mayor cuantía sobre resolución de contrato de arrendamiento de industria hotelera se alegó la excepción dilatoria de falta de personalidad del Procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.

El señor Juez de Primera Instancia dictó auto por el que desestimó la excepción propuesta, sin especial atribución de las costas del incidente.

Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto, la Sala de la Audiencia Territorial dictó auto confirmando en todas sus partes el apelado, sin expresa condena en costas.

Se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma y recayó la siguiente doctrina legal:

«Considerando: Que las resoluciones que ponen fin a un proceso pueden ser de dos clases: unas, que resuelvan el asunto principal, bien declarando procedente la pretensión del actor—en todo o en parte—, bien rechazándola, o bien absteniéndose de hacer declaraciones sobre una cuestión incidental, incidente o incidencia, surgida con ocasión del asunto principal y que guarda con él íntima relación; las primeras se llaman por nuestra ley y por la doctrina resoluciones definitivas, y las segundas se denominan, por los procesalistas, interlocutorias, y con las que, en nuestro ordenamiento, deciden o se abstienen de decidir cualquier incidente de los comprendidos en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento civil.»

«Considerando: Que, a su vez, estas resoluciones interlocutorias, en relación al recurso de casación de que pueden ser objeto, también se subdividen en dos grupos, según que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación, o, por el contrario, permitan la prosecución de dicho pleito, emprenderlo de nuevo o ser objeto de otro.»

«Considerando: Que el artículo 1.689 de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil formula una norma de carácter general, disponiendo que habrá lugar al recurso de casación 'contra las sentencias definitivas pronunciadas por la Audiencia' cuya norma amplía después en el precepto siguiente, estableciendo que, a los efectos del artículo anterior, 'tendrán el concepto de definitivas, además de las sentencias que terminen el juicio, las que, recayendo sobre un incidente o artículo, pongan término al pleito, haciendo imposible su continuación'.»

«Considerando: Que, por tanto, para determinar la resolución impugnada en el presente recurso, es susceptible de ser atacada en casación, se hace preciso comprobar si el fallo pronunciado sobre el incidente promovido pone término no sólo a ésta, en la cual recayó, sino también al pleito principal de donde tal incidente dimanaba, haciendo imposible su continuación, único supuesto en el que podrá reputarse comprendida en el número primero del artículo 1.690 referido, y estimarse susceptible de casación.»

«Considerando: Que es reiterada la doctrina jurisprudencial que proclama que las resoluciones que recaen en los incidentes o artículos sobre excepciones dilatorias sólo tienen el carácter de definitivas cuando ponen término al pleito principal, haciendo imposible su continuación, y como las que desestiman las excepciones de falta de personalidad, deducidas como artículo previo, dejan expedito el curso de los autos principales, de donde se derivan y obligan al demandado a contestar a la demanda, resulta que, lejos de poner término al pleito, facilitan su prosecución, es evidente que no pueden ser objeto del recurso de casación, sin perjuicio de que, en su día, pueda interponerse recurso por quebrantamiento contra la sentencia definitiva que se dicte en el pleito en que aquéllas se propusieron, sentencia de 4 de diciembre de 1901, auto de 11 de enero de 1907, auto de 15 de febrero de 1944 y sentencia de 12 de febrero de 1947.»

DESISTIMIENTO DEL PROCURADOR. ES UN CARGO QUE TIENE UN ASPECTO, EN CIERTO MODO, PUBLICO, Y NO PERMITE EL CESE INSTANTANEO DE LA REPRESENTACIÓN QUE SE VENIA OSTENTANDO, Y «MIENTRAS NO SE LE TENGA POR DESISTIDO NO PODRA EL PROCURADOR ABANDONAR LA REPRESENTACION QUE TUVIERE». (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—En recurso de apelación, que fue admitido libremente, y en ambos efectos, evacuado el traslado de instrucción por las representaciones de los litigantes, el Procurador del apelante presentó escrito desistiendo de la prosecución del recurso de apelación, recayendo providencia concediendo al mencionado Procurador un plazo de tres días para que el interesado o Procurador con poder especial se ratificase en el contenido del desistimiento, bajo apercibimiento de continuarse el curso de la apelación.

El Procurador presentó escrito alegando la ausencia de su representado y solicitando una prórroga para la comparecencia o el otorgamiento del poder especial; a dicho escrito recayó providencia declarando no haber lugar a lo interesado y proveyendo fecha de la vista para la apelación.

El Procurador renunciante presentó escrito en el que alegó que se había visto obligado a cesar inmediatamente en su representación y acompañaba acta notarial que recogía su renuncia, que había sido notificada a su representado, para que, con suspensión de los autos, designase otro Procurador.

La Sala de la Territorial dictó providencia acordando la unión del escrito de referencia al rollo, concediendo un plazo de ocho días al representado para que compareciese por otro Procurador, bajo apercibimiento de declararse la apelación caducada, declarando no haber lugar a suspender el curso de los autos y viniendo obligado el Procurador renunciante a ostentar la representación hasta el transcurso de dicho plazo.

Se interpuso recurso de súplica alegando que se había comunicado a la Sala su fundada renuncia y que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.º, número 2, de la Ley procesal, entendía debió de suspenderse

desde dicho momento toda actuación, como se solicitaba en el propio escrito, y que al no suspenderse el curso de los autos y sustentarse el criterio de la continuidad del Procurador podría haberse producido grave perjuicio para el que fue su representado y producirse—caso de indefensión—responsabilidad para el propio Procurador.

La Sala proveyó declarando que habiéndose dictado sentencia no había lugar a tramitar el recurso de súplica interpuesto y por otra providencia, de igual fecha, se tuvo por comparecido y parte al nuevo Procurador, ordenando se entendiesen con el mismo las sucesivas diligencias.

El nuevo Procurador interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando sustancialmente que al dictarse la sentencia recurrida se cometió la infracción de forma prevista en el número 2 del artículo 1.693 de la Ley procesal, por falta de personalidad en el acto de la vista y en el momento de dictarse sentencia.

«Considerando: Que el cargo de Procurador tiene un aspecto, en cierto modo, público, no permite el cese instantáneo de Procurador en la representación que viene ostentando—precisamente para evitar los irreparables perjuicios que de ello podrían derivarse para su poderdante—, y aunque le autorice a desistir o renunciar a la representación, bien claramente da a entender que 'mientras no se le tenga por desistido no podrá el Procurador abandonar la representación que tuviere'; por eso el Tribunal *a quo*, aun sin ser necesario—porque ello lo impone la norma—, tuvo buen cuidado de advertir al Procurador que venía obligado a ostentar la representación hasta que haya transcurrido dicho plazo, el de ocho días señalado.»

«Considerando: Que en casos muy análogos al presente, esta Sala de Casación hubo de reiterar lo que el precepto ordena: que mientras no se tenga por desistido y cesado al Procurador en la representación que venía ostentando, no podrá dicho funcionario abandonar la representación, y que habiendo acordado la Sala que, a pesar de su desistimiento, continuara en su cargo, no puede estimarse que la vista se ha celebrado con la falta de personalidad en que se funda el quebrantamiento de forma alegado: sentencias de 5 de marzo de 1886, 8 de julio de 1898, 5 de octubre de 1906, 2 de julio de 1907 y 30 de noviembre de 1929.

EL RECURSO DE CASACION BASADO EN EL ARTICULO 1.695 DE LA LEY PROCESAL CIVIL OFRECE CARACTERISTICAS QUE LO DIFERENCIAN ESENCIALMENTE DE LOS SUPUESTOS DEL ARTICULO 1.692. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1970.)

Hechos.—En autos de juicio declarativo de mayor cuantía se declaró la exclusiva propiedad de la actora sobre las fincas cuestionadas, condenando a los demandados a que se abstengan en lo sucesivo de realizar actos que entorpezcan o menoscaben dicho dominio, dejando libres y a disposición de la actora las dos fincas dichas con todas sus accesiones y pertenencias y con los frutos percibidos desde la fecha del emplazamiento.

Apelada la anterior resolución, la Sala de la Territorial revocó en parte la sentencia dictada. Sin expresa imposición de las cosas causadas en las dos instancias.

Firme la anterior resolución, se interesó la ejecución de la misma.

Interpuesto recurso de casación por infracción de la ley, nuestro más alto Tribunal dicta doctrina sobre la naturaleza del recurso de casación en el siguiente

«Considerando: Que según reiterada doctrina de esta Sala el recurso de casación basado en el artículo 1.695 de la Ley Procesal civil, además

de su carácter excepcional y de su ámbito limitativo en cuanto a los supuestos en que pueda fundarse, deducido de dicho precepto, ofrece características que difieren esencialmente de los supuestos del artículo 1.692 de igual Ley Procesal, porque, conforme a este precepto, se puede someter a esta Sala la integridad del pleito, por estar pendiente aún el litigio, por no haber recaído sentencia ejecutoria, y en cambio en aquel recurso, por existir ya sentencia firme, sólo es procedente determinar si la resolución recurrida se adapta o no a la sentencia de cuya ejecución se trate o si resuelve cuestiones no controvertidas en el proceso, ni decididas en la ejecutoria, de lo que se deduce que dicha clase de recurso no puede fundamentarse en las causas enumeradas en el artículo 1.692.»

CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. REQUISITO DE FORMALISMO EN SU PLANTEAMIENTO. (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1970.)

El rigor formalista de esta clase de recursos extraordinarios lleva consigo no sólo la necesidad de precisar en el escrito de formalización el número o números del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento en que se estime comprendido, a la manera requerida en el 1.752 del propio texto legal, sino también la de señalar el precepto o preceptos concretos de orden procesal que se aleguen como infringidos, según puntualizó una constante y reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, especialmente contenida en las sentencias de 9 de julio de 1884, 31 de diciembre de 1889, 15 de marzo de 1917, 18 de diciembre de 1926, 13 de mayo y 22 y 30 de noviembre de 1941, 20 de octubre de 1943 y 17 de mayo de 1951, entre otras muchas.

EN APELACION ES SUFICIENTE PARA TENER POR COMPARECIDO A UN PROCURADOR EL ESCRITO EN EL QUE SE REMITE AL PODER BASTANTEADO OBRANTE EN AUTOS QUE EL TRIBUNAL TIENE A SU DISPOSICION, SIN NECESIDAD DE EXIGIRLE NUEVO PODER. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—En autos sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio por subarriendo, traspaso o cesión se estimó la demanda y declaró resuelto el contrato.

Apelada la anterior resolución, se revocó la de instancia y absolviendo a la parte demandada se condenó en las costas de primera instancia a la parte actora, sin expresa condena de las costas de apelación.

Se interpuso recurso de injusticia notoria, al amparo de los siguientes motivos:

Al amparo de la causa segunda del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos urbanos, en relación con el número 2 del artículo 1.691 y número 2 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, preceptos infringidos. El artículo 40 en relación con el 3.º y el 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 12 de diciembre de 1959 y 18 de octubre de 1962, que dado que no hubo bastanteo para el poder en la segunda instancia, deviene forzosamente la aplicación al caso presente de la doctrina dada en las sentencias mencionadas, y las en ella invocadas de que la sentencia de primera instancia había quedado firme y ejecutoria, como se había denunciado en el acto de la vista, en atención a la falta de requisito constitutivo de la integración en todas sus proyecciones de la personación en segunda

instancia, tema de orden público en sentido estricto, que no exige en la alzada alegación de parte, ya que por tratarse de consecuencias derivadas del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cualquier momento que se aprecie no hay más remedio que declararlo de oficio aunque fuese en el acto de la vista cuando se hubiere apreciado y aunque no se hubiere denunciado por la parte a quien interesaba.

«Considerando: Que, no obstante la confusa redacción del recurso, lo cual por sí solo ya es motivo de desestimación, se plantea el quebrantamiento de forma, que se dice cometido por la Audiencia al no haberse exigido, a la parte apelante, nuevo poder, distinto del empleado en primera instancia, debidamente bastanteado; y es procedente desestimarlo; porque, como afirma con toda justeza el Auto de la Sala de instancia, no existe infracción del artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se tiene por comparecido en la apelación a un Procurador que lo hace por escrito en el que se remite al poder bastanteado obrante en los autos que dicho Tribunal tiene a su disposición, sin necesidad de exigirle nuevo poder; criterio que recoge, entre otras, la sentencia de 26 de febrero de 1962.»

COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL. LA COSA JUZGADA MATERIAL QUEDA SOMETIDA A LA CENSURA DEL TRIBUNAL SUPREMO. PARA QUE SE DE LA COSA JUZGADA MATERIAL SE REQUIERE QUE ENTRE AMBOS PLEITOS CONCURRAN LAS TRES IDENTIDADES DE: SUJETOS, OBJETO Y CAUSA O RAZON DE PEDIR. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—En autos seguidos sobre aprovechamiento de aguas y otros extremos se dicta abundante doctrina legal sobre la cosa juzgada.

«Considerando: Que la cosa juzgada, que constituye la culminación del proceso y comporta la regularidad jurídica que con él se busca, ofrece dos distintas facetas según la doctrina y la jurisprudencia: la cosa juzgada formal, que consiste en que la sentencia que ha quedado firme en un proceso no pueda ya ser impugnada por ninguna de las partes que han intervenido en él, ni por quienes de ellas traigan causa, salvo los supuestos del recurso de revisión o el de rescisión de la sentencia por rebeldía; y la cosa juzgada material, que impide la atacabilidad indirecta de un resultado procesal, mediante la apertura de un nuevo proceso que se oponga o contradiga a la sentencia recaída en el anterior por quienes fueron parte en ésta o derivan de ellos su derecho.»

«Considerando: Que nuestro ordenamiento procesal concede tanta importancia a la cosa juzgada material, que su aplicación o inaplicación la somete a la censura del Tribunal Supremo de una manera especial, permitiendo que, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se pueda atacar la sentencia «cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.»

«Considerando: Que la circunstancia de que en el referido artículo se establezca un caso especial de casación, para ese supuesto, no quiere significar que, fuera de él, no pueda denunciarse, por la vía de su número 1, cualquier infracción de una norma sustantiva de las que regulan el instituto de la cosa juzgada material.»

«Considerando: Que, según la opinión más generalizada, para que se dé esta cosa juzgada material, se requiere que entre ambos pleitos con-

curran las tres identidades o elementos comunes: los sujetos (*eadem personae*), el objeto (*eadem res*) y la causa o razón de pedir (*eadem causa petendi*); opinión que acepta nuestro ordenamiento jurídico cuando dice que para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio «es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron» (art. 1.252 C. c.).

«Considerando: Que no puede sostenerse fundamentalmente que en el caso presente y en el que invoca como productor de la cosa juzgada no exista la identidad de los sujetos que requiere la ley, por la simple circunstancia accidental de que los litigantes ostentan distinta posición procesal en ambos pleitos; y ello, por las siguientes razones: Primera. Porque la palabra 'calidad' que emplea el artículo 1.252 no constituye sino un desdoblamiento del requisito de la identidad personal, y no puede referirse a la calidad procesal que hayan asumido las partes, sino a la posición civil que hubieren ocupado (si actuaron por su propio derecho o como representantes, si lo hicieron en el concepto de usufructuario o en otro concepto). Segunda. Porque el cambio procesal de las partes no altera lo más mínimo la naturaleza de la acción ejercitada en uno y otro pleito; y Tercera. Porque si se admitiera que el simple cambio procesal de las partes de demandado o demandante fuese bastante para romper la identidad personal que el precepto de orden civil exige, se vendría a permitir que el demandado que había sido condenado en el primer pleito entablase un segundo proceso como demandante, y se posibilitaría la emisión de una segunda sentencia contradictoria de la primera, con lo que surgiría un conflicto insoluble, que es precisamente lo que tiende a evitar el instituto de la cosa juzgada material, en aras de la seguridad jurídica que el proceso busca y consigue.»

«Considerando: Que ya este Tribunal hubo de pronunciarse en este sentido en multitud de resoluciones, entre las que cabe citar las sentencias de 28 de marzo de 1899, 4 de octubre de 1911, 31 de enero de 1928, 14 de junio de 1945 y 30 de enero de 1947.»

LAS CAUSAS EXPRESADAS EN EL ARTICULO 1.693 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SON TAXATIVAS Y DE INTERPRETACION Estricta. DEBE EXPRESARSE DE MODO PRECISO CUALES SON LOS PRECEPTOS VULNERADOS QUE HAN DETERMINADO EL QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMAS ESENCIALES DEL JUICIO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—En autos seguidos sobre resolución de contrato de compraventa y otros extremos se estimó la demanda, y apelada la sentencia de instancia se confirmó en todas sus partes la recurrida.

Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, el Supremo se pronunció sobre las causas expresadas en el artículo 1.693.

«Considerando: Que el presente recurso, por quebrantamiento de forma, no puede prosperar a virtud de las razones siguientes: A) Que las causas expresadas en el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil son taxativas y de interpretación estricta, debiendo adaptarse su empleo a las exigencias de su propio texto, para que puedan lograr éxito en definitiva. B) Que en el caso de autos se impetra la causa segunda del artículo 1.693, o sea la que se refiere a la falta de personalidad de cualquiera de las partes, lo que si permite denunciar el defecto, referido a la propia personalidad, a la de un colitigante o a la parte que figura como

contraria, no autoriza a acusar la falta de personalidad de quien, precisamente, no fue traído al pleito, como parte. C) Que en el motivo, además, y aunque se citan algunos preceptos legales, no se cumple con la exigencia de expresar, de modo preciso y concreto, cuáles son aquellos que se han vulnerado, determinando con ello el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. D) Que lo que en realidad se denuncia es la ausencia del proceso de la esposa del demandado, o sea la falta de un litis-consorcio pasivo, que el recurrente estima necesario, pero que no lo es en realidad; la Audiencia sienta, al efecto, la doctrina de que el defecto que se señala no puede ser aceptado, pues, como se dice en la sentencia apelada, lo que se intenta resolver es un vínculo no consumado, por lo que debe ser pareja la capacidad de hacerlo con la de contratar, y si el demandado, por sí solo, celebró el convenio y por sí lo incumplió, al no realizar pagos que para nada exigían la intervención de la esposa, tampoco se ha de necesitar ésta en la resolución del vínculo, que se ha de extinguir, y es que en realidad no se trata de postular la validez o plenitud de efectos de un acto jurídico realizado por el esposo, sin intervención de su cónyuge, sino, por el contrario, de pedir la resolución del mismo, por incumplimiento de la esencial obligación de pagar el precio concertado por la adquisición del piso y el que, por ninguno de los cónyuges, ha sido satisfecho a su tiempo.»

AUDIENCIA EN REBELDIA. PARA QUE SE ORIGINE LA RESCISION DE UNA SENTENCIA FIRME Y UN NUEVO FALLO, ADEMAS DE LOS REQUISITOS GENERICOS Y ESPECIFICOS LEGALMENTE EXIGIDOS, SE REQUIERE LA INIMPUTABILIDAD DE LA INCOMPARECENCIA DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—En juicio ordinario declarativo de menor cuantía promovido sobre deslinde de cosa común y otros extremos, se dicta una muy interesante doctrina legal sobre los requisitos necesarios para que la rebeldía del demandado pueda originar la rescisión de una sentencia firme y un nuevo fallo.

«Considerando: Que para que la rebeldía del demandado pueda originar la rescisión de una sentencia firme y un nuevo fallo, al amparo del recurso extraordinario establecido en el artículo 773 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, es necesario que, además de los requisitos objetivos genéricos relacionados en ese precepto y en el 789, y de los específicos que para cada caso concreto consignan los artículos 774 al 777, concurra el subjetivo de la inimputabilidad de la incomparecencia del demandado que solicita a causa de su desconocimiento de la existencia del proceso, por lo que, es el caso del artículo 777, si el demandado rebelde no justifica su alejamiento de los lugares a que alude el precepto durante el período de tiempo requerido al efecto, o si, pese a su justificación, tuvo oportunamente conocimiento de la iniciación o sustanciación del litigio, tales circunstancias acarrearán la ineficacia de la acción impugnatoria regulada en el mentado precepto legal, doctrina ya mantenida por esta Sala en sus sentencias de 17 de febrero de 1941, 22 de diciembre de 1962 y principalmente en la de 6 de marzo de 1965.»

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA INSCRIPCIÓN DE UNA FINCA EN EL REGISTRO MUNICIPAL DE SOLARES Y SUS EFECTOS EN LAS RELACIONES ARRENDATICIAS

I. INTRODUCCIÓN

Repetidas veces nos hemos ocupado desde las páginas de esta revista del problema de los efectos del acto administrativo en las relaciones jurídico-privadas (1), y concretamente de los efectos que produce el acto de inscripción de una finca en el Registro Municipal de Solares (2).

Precisamente por esta íntima conexión entre el Derecho administrativo, no basta acudir a las sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo para conocer la doctrina jurisprudencial sobre el tema, sino que es necesario el examen de las sentencias de la Sala Primera. Es más: cuando se trata de conocer el alcance de la eficacia del acto administrativo en las relaciones arrendaticias, la jurisprudencia de la Sala Primera adquiere especial valor, por ser cuestiones civiles las que fundamentalmente se plantean, respecto de las que la jurisdicción contencioso-administrativa suele reconocer la falta de jurisdicción para pronunciarse sobre ellas (así, sentencias de 29 de septiembre y 5 y 24 de noviembre de 1960) (3).

Esta es la razón por la que en las páginas sucesivas haremos referencia a la jurisprudencia civil, y muy especialmente a la reciente sentencia de la Sala Primera de 23 de junio de 1971, de que fue Ponente don Emilio Aguado González, última de las dictadas por el Tribunal Supremo sobre el problema de los efectos del acto de inscripción en el Registro Municipal de Solares sobre los derechos de arrendamiento.

II LA EXTINCIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS

1. El artículo 149 de la vigente Ley del Suelo establece de modo claro y terminante que se producirá «la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título... sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse en ella locales o habitaciones a los antiguos ocupantes». Esta extinción se opera por:

a) La enajenación de la finca incluida en el Registro de Solares, efectuada con arreglo a los artículos 146, 147 ó 148 de la Ley del Suelo.

(1) Así, últimamente, en el número 483 (marzo-abril 1971), págs. 410-415, al referirme a los problemas de derecho transitorio del artículo 149 de la Ley del Suelo.

(2) Así, en el número 482 (enero-febrero 1971), págs. 169-176, al comentar la sentencia de 16 de enero de 1971.

(3) MARTÍN BLANCO, *Dictámenes y estudios en Derecho urbanístico*, Madrid, 1970, págs. 280-281.

b) El otorgamiento de la licencia para edificar, cuando fuera el propietario el que se propusiese acometer o terminar la edificación.

2. La extinción de derechos personales arrendaticios es, por tanto, total y «definitiva»—es la palabra que emplea el texto legal—. Cuando se producen los supuestos de hecho del precepto opera automáticamente la extinción de las relaciones arrendaticias—sin necesidad de declaración expresa por parte de ningún órgano administrativo o jurisdiccional—, y puede proceder a utilizar los procedimientos de ejecución para hacer efectiva aquella extinción (4). Las prerrogativas propias del régimen administrativo despliegan plenamente su eficacia en este concreto aspecto y operan los privilegios de la decisión ejecutiva y la acción de oficio (5).

3. La jurisprudencia contencioso-administrativa se ha referido, a veces, a esta eficacia civil del acto administrativo. Así, una sentencia de 13 de mayo de 1961 (ponente: ARIAS RAMOS), en su segundo Considerando afirmó: «Que si bien en esta segunda instancia se ha insistido preferentemente por el actor en apreciaciones subjetivas de equidad, tal argumento carece de eficacia en un recurso contencioso-administrativo frente a los claros y terminantes preceptos de la legislación aplicable—cualquiera que sea el juicio que doctrinalmente ello merezca al apelante—, la cual ha suprimido expresamente en su artículo 149, para los casos de extinción de arrendamiento debida a sus preceptos, la reserva de locales o habitaciones en la edificación nueva a los antiguos ocupantes de la finca anteriormente existentes; reserva que es la que, contra lo dispuesto en el precepto que regula su situación, pide el actor que se declare a su favor.»

4. La jurisprudencia civil, en la misma línea, da por sentada la extinción de las relaciones arrendaticias, con todas las consecuencias, negando el derecho de retorno a los titulares de las relaciones arrendaticias, si bien viene a atenuar estas consecuencias ineludibles de la legislación vigente mediante una interpretación no muy correcta de las normas de Derecho transitorio. Ahora bien: superado el problema del Derecho transitorio, es incuestionable que los antiguos ocupantes del inmueble incluido en el Registro de Solares carecen de derecho de retorno, por lo que si la sentencia de instancia lo concede comete infracción del artículo 149 de la Ley del Suelo «por violación, que supone falta de aplicación» (como señaló la sentencia de 26 de enero de 1966). Otra sentencia de 19 de abril de 1968 dice: «Que justificado sin impugnación eficaz que la solicitud de inclusión de la finca en el Registro de Solares se hizo en 5 de junio de 1957, vigente ya la Ley del Suelo, que empezó a regir en 12 de julio de 1956, y disponiendo ésta, en su artículo 149, que cuando el propietario de una finca incluida en el Registro se propusiera acometer o terminar la edificación, el otorgamiento de la licencia produce la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con los mismos, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción, ni hayan de reservarse en ella locales a los antiguos ocupantes, la sentencia recurrida que así lo aprecia, no lo ha podido incurrir en las infracciones que acusan los motivos.» Y la de 28 de febrero de 1969 afirmaba: «Que en el primer motivo del recurso fundado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos urbanos, por inaplicación del artículo 8.º, en relación con el 81, 82 y 83 de la propia Ley especial, se mantiene la tesis de que la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares y otros inmuebles de edifica-

(4) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, páginas 848-855. Sobre el régimen del desahucio administrativo, cfr. el reciente trabajo de SAURA MIRA en "Revista de Derecho Urbanístico", núm. 22 (1971), páginas 37-47.

(5) Como vimos en el comentario publicado en esta Revista, núm. 483.

ción forzosa, determina un derecho de retorno de arrendamiento del arrendatario recurrente sobre la nueva edificación, porque, según se razona, no es de aplicar en tal caso el artículo 149 de la Ley de Ordenación urbana (Ley del Suelo) de 12 de mayo de 1956, y sí en cambio, por analogía, los artículos 79 y siguientes de la Ley de Arrendamientos urbanos; mas es lo cierto que aquella tesis es distinta de la que fue controvertida en el pleito, donde no se trató el tema que ahora se suscita en orden a la aplicación, por analogía, de los citados preceptos de la legislación de arrendamientos urbanos, ni sobre él se pronuncia la sentencia recurrida, constituyendo, por tanto, una cuestión nueva que, como tal, no tiene acceso a este recurso de carácter extraordinario, por lo que se ha de rechazar el motivo que se estudia, pero es que, aunque así no se entendiera, se llegaría a la misma conclusión, porque, en definitiva, lo que se pretende es que se extienda el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos urbanos a un supuesto expresamente previsto y regulado en otra Ley, la del Suelo, pretensión que no está amparada por la analogía indicada en el citado artículo 8.º, precepto cuya aplicación presupone la existencia de una laguna legal, circunstancia que aquí no ocurre.»

III. ALCANCE DE LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES ARRENDATICIAS

1. La extinción es, según se ha dicho, total. No se da excepción alguna. No obstante, se ha planteado el problema de la eficacia de una cláusula del contrato de arrendamiento en la que, previendo la posible extinción del arrendamiento por vía administrativa, se pactaba expresamente el retorno. Es el supuesto que contempla la sentencia de la Sala Primera de 23 de junio de 1971, que parte de los hechos siguientes:

a) En el contrato de arrendamiento figuraba una cláusula del tenor literal siguiente:

«Si la arrendadora se viese obligada a levantar uno o varios pisos sobre el que existe en el edificio actual, como consecuencia de órdenes inexcusables de las autoridades gubernativas de esta ciudad, dichas obras se ejecutarán en forma conveniente y que permitan que el almacén de tejidos pueda seguir la explotación de su negocio con el menor perjuicio posible.»

b) La finca objeto de arrendamiento fue incluida en el Registro Municipal de Solares.

c) La arrendataria incoó proceso declarativo de mayor cuantía, solicitando se reconociera el derecho de retorno, basado en aquella cláusula contractual.

d) El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

e) La Audiencia de Albacete, en sentencia de 3 de julio de 1970, por el contrario, estimó la demanda y reconoció el derecho de retorno, basándose en los Considerandos siguientes: «Considerando: Que el primer punto a resolver en esta litis se circunscribe en determinar la legitimación pasiva de doña Isabel Verde Morales al alegar que antes de ser emplazada en la litis, el bien inmueble sobre el que versa la acción ya había sido enajenado, y, por tanto, al no ostentar los demandados ningún derecho sobre él, hace que estén desligados con el actor del vínculo contractual que les unía.»

«Considerando: Que esta tesis sostenida por dicha accionada en modo alguno puede aceptarse, pues habida cuenta que en el momento de admitirse la demanda los accionados eran titulares dominical y usufructuario respecto al bien sobre el que versa la presente acción, ineludible-

mente están legitimadas por el principio de la *pereptuario jurisdictionis*, desarrollado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 de junio de 1948, 12 de noviembre de 1957, 8 de noviembre de 1958, 15 de mayo de 1960 y 5 de diciembre de 1962 al decir que 'los pleitos deben de resolverse habida cuenta del estado de hecho existente al ser trabada la litis', y por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos urbanos al exponer que 'cualquiera que sea la fecha de la ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones.'»

«Considerando: Que, sentado lo anterior, procede determinar el alcance y valor de la cláusula sexta del contrato de arrendamiento suscrito en Cuenca entre los contendientes, con fecha 30 de diciembre de 1942 (folio 8), por la que los demandados asumen la obligación de que si se vieran obligados a levantar uno o varios pisos sobre el inmueble objeto de arrendamiento como consecuencia de órdenes inexcusables de las autoridades gubernativas de dicha localidad, las obras se ejecutarán en la forma conveniente, con el fin de permitir que el arrendatario pudiera seguir la explotación de su negocio con el menor perjuicio posible; pacto perfectamente válido a tenor de la libertad de estipulación que establece el artículo 1.255 del Código civil y condiciona el artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos urbanos en cuanto a renuncia de derechos.»

«Considerando: Que, partiendo del supuesto de que el Código civil en su trayectoria sigue en lo sustancial la clasificación romana de las fuentes de las obligaciones, estableciendo en su artículo 1.089 que 'las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia', y que el contrato es la principal fuente de las obligaciones (sentencias de 26 de octubre de 1926 y 24 de junio de 1927), debiéndose cumplir del modo en que hubiesen sido contraídas (sentencia de 14 de marzo de 1901), esto es, literalmente (sentencia de 2 de febrero de 1925), respetando la utilidad recíproca que ocasiona el contrato (sentencia de 17 de febrero de 1925), ha de llegarse a la consecuencia de que los demandados están obligados a dar cumplimiento a referida estipulación sexta del contrato, porque la misma no es opuesta a la moral, buenas costumbres ni a las Leyes (art. 1.255), y estar acreditado en el litigio de una manera palmaria que el consentimiento prestado en mencionada condición fue manifestado libre y conscientemente, no pudiéndose dejar tampoco la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.255).»

«Considerando: Que, estando subsistente el contrato de arrendamiento antes aludido, puesto que el actor no ha renunciado a los derechos que el mismo le confiere, procede revocar la sentencia de instancia y estimar parcialmente la demanda deducida; sin hacerse expresa condena en costas en ninguna de las instancias.»

2. La Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de junio de 1.971, en su segundo Considerando, sienta la siguiente doctrina:

«Que la citada Ley se dictó con el fin de facilitar la edificación de las fincas que habrían de levantarse en los terrenos incluidos en el Registro de Solares, pero una vez dictada surgió la duda de si habría de aplicarse a las relaciones jurídicas nacidas *antes o después* de su promulgación; aunque el caso requería la retroacción de la Ley, porque si no hubiera

sido una norma aplicable raramente, y, por tanto, casi ineficaz, la cuestión, pues hasta los Tribunales de justicia, que en la materia han sentado la siguiente doctrina: A) La Sala Cuarta de este Tribunal, tras dictar las sentencias que en el recurso se mencionan, dice en la de 11 de noviembre de 1969 que por dolorosa y sensible que parezca, la postergación en determinados casos y circunstancias de los derechos civiles que resultan de aplicar la Ley del Suelo, no puede dejar de aplicarse ésta por los Tribunales, que deben abstenerse de formular juicios críticos sobre situaciones de pugna de intereses que sólo pueden ser resueltas arbitrando un tratamiento legislativo que las conjugue, armonizándolas con soluciones justas. B) La Sala Primera de este Tribunal, tras dictar la sentencia de 19 de abril de 1968 y 28 de febrero de 1969, que el recurso cita, ha dicho sobre el mismo tema que lo que no ha declarado la misma es que la irretroactividad de este precepto legal debe ser mantenida en el sentido de que la extinción prevista en el mismo no alcanza a los arrendamientos y derechos personales constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley de 12 de mayo de 1956, ya que en esta inteligencia se opondría: 1.º Que integrado únicamente por dos factores decisivos al supuesto al que conecta la Ley y el efecto extintivo, a saber: la inclusión en el Registro Administrativo y el otorgamiento de la licencia de edificación, basta para que el efecto se produzca que esos dos factores tengan realidad en virtud de una solicitud de inscripción, formulada durante la vigencia de la Ley nueva, pero no es necesario para la aplicación de la norma de las relaciones jurídicas o derechos, que como objeto pasivo, sufre la extinción hayan nacido bajo el imperio del nuevo derecho. 2.º Que las palabras de la Ley deben ser entendidas en el sentido más conforme con su naturaleza y en el más adecuado para que produzca el efecto perseguido por ella y se contrariaría paladinamente al carácter público administrativo, reconocido por las sentencias de esta Sala de 6 y 22 de marzo de 1969, a la ordenación urbanística según su artículo 1.º constituye el objeto de la Ley del Suelo, aunque sus efectos repercutan hondamente en las relaciones jurídico-privadas, así como su finalidad reformadora presente en todos sus preceptos, y se estimara que, en particular, el ámbito de lo referente al fomento de la edificación que conforme a su artículo 2.º, apartado d), constituye uno de los efectos de la actividad urbanística, entre cuyos preceptos se halla el mencionado artículo 149, debióse quedar consreñido a las fincas adquiridas, edificaciones levantadas, situaciones físicas o urbanísticas surgidas, arrendamientos concertados o derechos personales nacidos a partir del día 12 de mayo de 1956.»

3. La sentencia sienta una correcta doctrina sobre la interpretación del artículo 149 de la Ley del Suelo, en cuanto que:

a) A tenor del precepto se opera la extinción *ex lege* de todas las relaciones derivadas del contrato de arrendamiento, sin distinguir. Se extinguen tanto los derechos de origen legal como los de origen contractual. Únicamente tiene relevancia la situación contractual, según el párrafo tercero del artículo 149, a efectos de indemnización, pero nada más.

b) Si se extingue el contrato de arrendamiento se extinguen todas las relaciones derivadas del mismo. Se extingue incluso la cláusula contractual que prevea un posible retorno al margen de la Ley.

J. G. P.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

(SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS)

POR FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

9. *NATURALEZA DEL ACTO O CONTRATO LIQUIDABLE. CAPITAL AUTORIZADO: No tiene por objeto cantidad o cosa valuable la escritura autorizando al Consejo de Administración de una sociedad para aumentar el capital social (por el procedimiento previsto en el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas), e introduciendo, al efecto, la modificación precisa en los estatutos sociales.* (RESOLUCIÓN DE 6 DE MAYO DE 1970.)

A) *Hechos.*—La Junta general de una sociedad anónima acordó autorizar al Consejo de Administración para aumentar el capital social, en plazo máximo de cinco años y hasta 50 millones de pesetas, previa la oportuna modificación de los estatutos. Dicha escritura fue liquidada por el número 38 de la Tarifa al 0,50 por 100 y sobre una base de 50 millones de pesetas.

La controversia se centraba en determinar si la referida escritura tenía o no objeto valuable, hecho este segundo que, a juicio del recurrente, no tenía duda, pues el acto escriturado no era una ampliación de capital (toda vez que, de serlo, hubiera estado sujeta al Impuesto de Transmisiones patrimoniales y no al de Actos Jurídicos Documentados), sino una simple modificación estatutaria, amparada en el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, argumentando que el documento reunía los dos presupuestos, uno negativo (la no sujeción a los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones y Tráfico de empresas), y otro positivo (tener por objeto cantidad o cosa valuable), exigido por el Texto refundido de 1967 para la aplicación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, puesto que la autorización, que era el acto sujeto, lo era hasta 50 millones de pesetas, cantidad concreta y perfectamente determinada.

B) *Doctrina*.—El Tribunal Central, tras unas precisiones teóricas sobre el concepto de «capital autorizado», recogido por primera vez en la Ley de 1951, declara que «esta nueva normativa no constituye en esencia más que una simple traslación de facultades, carente en sí misma de verdadero contenido económico, hasta tanto que no sea ejercida», y en apoyo de su tesis añade:

Que otro criterio nos llevaría a la conclusión de que el artículo 96 de la Ley de Sociedades Anónimas de que se ha hecho referencia no presenta ninguna novedad frente a la práctica admitida con anterioridad en relación con el capital «escriturado» y que consistía en que la Junta lo que verdaderamente acordaba era aumentar el capital hasta una determinada cifra y únicamente facultaba a los administradores para poner en circulación la totalidad de las acciones o solamente parte de ellas, quedando el resto en cartera para ser puesto en circulación cuando los administradores lo estimen conveniente sin limitación alguna; pero con la nueva modalidad legislativa, el ejercicio de la autorización no comporta la puesta en circulación de acciones ya creadas, sino un verdadero aumento de capital mediante la creación de estas nuevas acciones.

Que, definida así la institución de que se trata, es evidente que no tiene objeto directo cantidad o cosa valuable susceptible de ser determinada y, en consecuencia, no puede estar sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por el número 38 de la Tarifa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y sí solamente por el número 37, lo que lleva a la necesidad de declarar improcedente la liquidación que en el presente caso fue practicada.

La figura del «capital autorizado», introducida en nuestra patria por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en sustitución de las hasta entonces llamadas «acciones en cartera», sin valor económico por cuanto hacían referencia a un capital todavía no suscrito, implica una facultad otorgada a los administradores por la Junta General, para emitir nuevas acciones en la cuantía y plazo determinado por la propia autorización.

Dicha fórmula no constituye, en consecuencia, un efectivo aumento de capital, sino simplemente un acuerdo que permita aumentarlo en el futuro con menos trámites, si las circunstancias lo aconsejan.

Sobre esta base es evidente que la indicación de la cifra a que la autorización se extiende (requisito exigido por el artículo 96 de la L. S. A.), no significa que el objeto sea valuable; o como decían los recurrentes, que la existencia de un objeto valuable en el documento, no significa que se haga alusión a una cifra, sino que el referido objeto tenga en sí mismo un valor.

Una situación similar se plantearía, a efectos fiscales, con aquellos poderes en que se autoriza al apoderado para vender una cosa por precio determinado.

10. *COMPROBACION DE VALORES. PERSONAS JURIDICAS. Notificación conjunta de base y liquidación. Trascendencia de las certificaciones de ingresos obtenidos por aprovechamientos forestales. Aplicación del Índice de precios medios. Extemporaneidad de la liquidación. (RESOLUCIÓN DE 14 DE MAYO DE 1970.)*

A) *Hechos*.—La corporación recurrente alegó como motivos para impugnar la liquidación los que aparecen extractados en la nota que precede, esto es, no haberse notificado como acto administrativo independiente y previo al de liquidación del impuesto, la base liquidable; reite-

ración de la fijada para años anteriores sin tomar en consideración una certificación de ingresos obtenidos con los aprovechamientos forestales en el último quinquenio, presentada por el recurrente a instancia de la oficina gestora; inaplicabilidad del Índice de precios medios por no haberse verificado la revisión quinquenal del mismo, prevista en la disposición que lo aprobó; y, finalmente, porque la liquidación se giró en marzo y el impuesto no se devengó hasta el 31 de diciembre.

El Tribunal Central, en dos Resoluciones de la misma fecha, aunque referidas a corporaciones distintas, estima en parte las alegaciones de los Ayuntamientos recurrentes, y dice:

B) *Doctrina*.—Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, que la falta de notificación de la base no implica en este caso infracción de precepto legal o reglamentario, porque en la mecánica de este Impuesto sólo existen dos actos de gestión perfectamente diferenciados: aprobación del expediente de comprobación de valores, y liquidación del Impuesto. La obligación de notificar el primero de ellos existe cuando la persona jurídica presenta declaración de sus bienes, adiciones a la misma o formula declaración de reducción de valores (1), pues si no, la Administración puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 288, número 3, del Reglamento de 1959, al preceptuar que «después de girada la primera liquidación, las sucesivas anuales que procedan se practicarán precisamente en el segundo mes de cada ejercicio económico, si no dieran lugar a una nueva comprobación de valores», en cuyo caso se practica y se notifica la liquidación sin necesidad de diligencia alguna que la preceda.

Lo anterior no implica que la base de la liquidación notificada sea inimpugnabile y deba prosperar a ultranza, pues la oficina gestora debió practicar nueva comprobación de valores, ya que la facultad concedida por el artículo antes citado se refiere exclusivamente al supuesto de valores comprobados por medios ordinarios que no hayan experimentado alteración (como sucede, p. ej., con la capitalización de líquidos imponibles y precios medios de venta); pero es lógicamente inaplicable cuando se obtiene por el medio ordinario previsto en el número 9 del artículo 117, en relación con el número 4 del artículo 118, ambos del Texto refundido de 1967, porque la cantidad que ha de capitalizarse, si las anualidades son de diferente cuantía, es el importe de la anualidad media correspondiente al quinquenio inmediato precedente.

En relación con la supuesta inaplicabilidad, por falta de vigencia, del Índice de precios medios (tercer motivo del recurso), el Tribunal Central sanciona su actual aplicación, pues al enunciar el artículo 117, número 3, del Texto refundido de la Ley como uno de los medios ordinarios de comprobación «los precios medios de venta que se establecen por Orden del Ministerio de Hacienda», claramente se refiere (interin no los sustituyan otros) a los del Índice que dicho Ministerio mandó confeccionar por Orden de 10 de julio de 1957, por lo que, según el texto legal, no es necesario revisión periódica del Índice para su vigencia y aplicación en tanto no se ordene su sustitución. Pero, a mayor abundamiento, aun acudiendo a la letra y al espíritu de dicha Orden ministerial con simple afán especulativo, también carece de relevancia el argumento del recurso, porque si bien el artículo 9.º de aquélla se refiere a una revisión de los Índices, quinquenales o anticipadas al vencimiento de los cinco años, tal revisión tendrá por objeto su actualización, «a fin de acomodarlos a la coyuntura de la nación en aquel momento», de lo cual se deduce que el

(1) Ver artículos 287, núm. 1, y 282, núm. 5, respectivamente, del Reglamento de 15 de enero de 1959.

hecho de no haberse revisado en 1963 no implica la caducidad de los repetidos Índices, y sí que se habrá estimado conveniente mantener sus precios medios, bien porque no hayan tenido alteración o porque la «coyuntura económica de la nación lo aconsejara», porque lo lógico, por el transcurso de doce años, es que esos precios hayan experimentado aumento, y si fuere lo contrario, el contribuyente siempre estará amparado ejercitando su derecho de solicitar en momento oportuno la tasación pericial contradictoria.

Finalmente, en cuanto a la última cuestión (impertinencia por prematura de la liquidación notificada en marzo de 1969) resulta obvio que dicha liquidación se refería al tributo devengado el 31 de diciembre anterior.

11. **VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA:** *Venta anterior a la calificación definitiva. Deberá sujetarse para poder gozar de la exención prevista en la Ley a los requisitos del Decreto de 3 de enero de 1963. (RESOLUCIÓN DE 6 DE MAYO DE 1970.)*

Conforme al número 29 del artículo 65 del Texto refundido, están exentas de impuesto las primeras transmisiones 'inter vivos' de este tipo de viviendas, siempre que tengan lugar dentro de los seis años siguientes a su calificación definitiva.

Pero ¿qué ocurre en los supuestos tan frecuentes de ventas formalizadas en documentos privados de fecha anterior a la de calificación? El artículo de referencia remite para estos casos al Decreto de 3 de enero de 1963.

Dicho Decreto fue promulgado, según su exposición de motivos, a fin de que los promotores de viviendas acogidas a la legislación protectora del Estado, incluidos en el artículo 15 del Decreto de 24 de junio de 1955, pudieran percibir, al amparo de la Orden de 5 de noviembre de 1955, cantidades a cuenta del precio de los futuros beneficiarios durante el periodo de la construcción y antes de la calificación definitiva; pero para ello el referido Decreto exigía un condicionamiento especial relacionado con la solicitud de una autorización expresa para acogerse a tal beneficio, el ofrecimiento de un aval bancario suficiente o contrato de seguro por parte del promotor de la construcción, y con la manifestación expresa de éste de que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplicarán precisamente a la construcción de las viviendas del proyecto, a cuyo efecto deberá ser depositado en un establecimiento bancario o Caja de Ahorros a su expresa disposición con perfecta distinción de cualquiera otra clase de fondos que pertenezcan al propio promotor, debiendo ser presentados los contratos para su visado en las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda.

Ninguno de estos requisitos aparecía cumplido en el contrato que motivó la reclamación, y, consecuente, la exención fue denegada.

12. **CAJAS DE AHORRO POPULAR. GRATUIDAD DE LOS CARGOS DE PATRONO O REPRESENTANTE LEGAL:** *El requisito de la gratuidad debe entenderse limitado exclusivamente a quienes por imperativo de las leyes reguladoras de tales entidades está atribuido con carácter exclusivo la dirección y gobierno de las mismas. (RESOLUCIÓN DE 20 DE MAYO DE 1970.)*

A) *Hechos.*—El problema debatido en la reclamación consistía en determinar si el cargo retribuido de director general de una Caja de Aho-

rrros Popular, a quien los artículos 26 y 29 de sus Estatutos le atribuyen expresamente, entre otras funciones, la de representar a la entidad en los actos oficiales, puede estimarse equivalente al de patrono o representante legal de la Caja a efectos de la exención subjetiva reconocida a favor de tales instituciones de beneficencia privada por el apartado 1.º, letra c), número 1, del artículo 65 del vigente Texto refundido del Impuesto.

El Tribunal Central estima de aplicación al caso la exención fiscal invocada, basándose en los siguientes razonamientos:

B) *Doctrina*.—Que la recta interpretación del anterior precepto legal, en el extremo referente a la gratuidad de los cargos directivos de las mencionadas Instituciones, debe ser en el sentido de estimarla referida a quienes por imperativo de sus leyes reguladoras les está atribuido de un modo expreso con carácter exclusivo la dirección y gobierno de las mismas, no debiendo confundirse tales órganos o personas con los gerentes o habilitados para el uso de la firma social con carácter retribuido.

Que tal diferenciación funcional aparece igualmente señalada por la Reglamentación de Trabajo para el personal de tales organismos de 27 de septiembre de 1950, que en su artículo 4.º admite como empleados de plantilla, con la clasificación de jefes de primera, a los directores, que, según la misma expresa, son los que desempeñan funciones de dirección o gerencia, confirmando en términos absolutos la radical separación de funciones entre las de alta dirección y gobierno y las de carácter ejecutivo-administrativo.

Que, a la vista de tales consideraciones, cabe concluir afirmando que la gratuidad de los cargos a que hace referencia la Ley para el otorgamiento de la exención no comprende en el presente caso a todas aquellas personas o cargos a quienes la representación legal de la entidad les viene atribuida por delegación de los que legalmente la ostentaban, y a quienes, en definitiva, han de rendir cuentas de tal delegación.

13. *PROPIEDAD HORIZONTAL: Adjudicación de pisos a diferentes condóminos. Aplicación del artículo 57 del Texto refundido del Impuesto.*
(RESOLUCIÓN DE 21 DE MAYO DE 1970.)

A) *Hechos*.—El documento objeto de la liquidación impugnada era una escritura fechada en marzo de 1968, en la que se hacía declaración de obra nueva, división horizontal por pisos y adjudicación de éstos a los diferentes propietarios de un inmueble.

Se aplicó el concepto «Sociedades» (título «disolución de comunidad»), número 8 de la Tarifa al 1,70 por 100.

El Tribunal Central, atendida la fecha del documento y la interpretación que del artículo 57 citado hizo la Resolución del mismo Tribunal de 3 de abril de 1968, declara el acto no sujeto al Impuesto.

B) *Doctrina*.—Que para el debido enjuiciamiento de la cuestión ha de tenerse en cuenta la fecha de la transmisión, 28 de marzo de 1968, y aun la del acto administrativo impugnado, 8 de mayo de 1968, ambas anteriores a la Ley de 30 de junio de 1969, que modificó el artículo 57 del Texto refundido de 6 de abril de 1967, preceptuando que a los efectos de este artículo se considerará como división material de bienes poseídos proindiviso la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos.

Que habida cuenta la apuntada diferencia de fechas, el contrato en cuestión ha de ser calificado conforme a la norma fiscal en vigor cuando se convino—art. 57-2 del antes citado Texto refundido de la ley, aprobado

por Decreto de 6 de abril de 1967—, y que reproducía, en esencia, lo dispuesto en el número 30 del artículo 19 del Reglamento de 15 de enero de 1959, respecto al cual este Tribunal Central, en Resolución de 3 de abril de 1968 (declarada de interés general), decidió que la división horizontal de un edificio mediante adjudicación de partes del mismo susceptibles de aprovechamiento independiente, manteniendo el régimen de comunidad respecto a las cosas y servicios indivisibles, era acto no sujeto al Impuesto, porque la sujeción exigía en aquella norma, que hoy no subsiste, la adquisición a título oneroso de los bienes poseídos proindiviso y su posterior división material; y si bien en el caso que se contemplaba concurría la primera circunstancia, no podía apreciarse la segunda, por la persistencia de la indivisión sobre los elementos comunes, lo que situaba el caso fuera del supuesto del citado artículo 19-30 del Reglamento, y, consiguientemente, del artículo 57-2 del Texto refundido, que venía a ser su reproducción, y que es la norma aplicable al caso del recurso.

Hasta que fue dictada la Resolución de 3 de abril de 1968 se venía suscitando la duda de si la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal debía liquidarse por el concepto de «disolución de sociedad», en base al número 30 del artículo 19 del Reglamento de 1959 (y después al número 2 del artículo 57 del Texto refundido de 1967, que reprodujo aquel precepto del Reglamento).

Dicha Resolución estimó que en la propiedad horizontal no podía hablarse propiamente de división material de bienes, por persistir una situación de indivisión en cuanto a los elementos comunes del inmueble, y, en consecuencia, declaró el acto como no sujeto al Impuesto. Esta ha sido la doctrina aplicable hasta la posterior reforma del artículo 57, número 2, del Texto refundido por la Ley de 30 de junio de 1969, que le añadió un nuevo párrafo del tenor siguiente: «A los efectos de este artículo, se considerará como división material de bienes poseídos proindiviso la adjudicación realizada entre los comuneros de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos, susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos», con lo que quedó sin efecto la interpretación sentada por la Resolución de referencia.

14. COMPROBACION DE VALORES. BIENES DE PERSONAS JURIDICAS: Requisitos formales de los expedientes. (RESOLUCIÓN DE 14 DE MAYO DE 1970.)

A) *Hechos*.—Por la oficina competente se instruyó expediente de comprobación de valores y se fijaron las bases liquidables relativas a varios años correspondientes a los bienes de la comunidad de Villa y Tierra de Coca. El procedimiento de comprobación utilizado fue el de precios medios de venta y el rendimiento de los aprovechamientos forestales.

El Tribunal Central estima en parte el recurso de alzada promovido, y dicta la siguiente doctrina:

B) *Doctrina*.—Que del examen del expediente de gestión se deducen los siguientes hechos de interés: a) No figura en él la certificación catastral de los bienes pertenecientes a la entidad contribuyente. b) No se ha unido tampoco la certificación acreditativa de los precios medios de venta correspondientes al término municipal de Coca, no obstante haberse utilizado este medio ordinario respecto a todos los bienes y en todas las anualidades. c) Aunque en las anualidades figura en una casilla del expediente, bajo la rúbrica «Subasta Montes», las cantidades que en definitiva prevalecen como valor, no figura en las actuaciones certificación alguna del distrito forestal, entidad contribuyente o de otro cualquier ori-

gen que justifique dichas cantidades, ni, por tanto, si son representativas del promedio obtenido en el precedente quinquenio por los aprovechamientos forestales en los montes que son propiedad de la entidad recurrente.

Que según dispone el artículo 84 en sus números 3 y 4, en los expedientes de comprobación de valores deben figurar todas las certificaciones y documentos acreditativos de los medios previstos en el artículo 80, en él utilizados, y muy concretamente los relativos a los precios medios de venta asignados en el Índice al término municipal en que radiquen los bienes, y, en su caso, al importe de los aprovechamientos forestales en el quinquenio cuyo promedio de renta se utiliza, conforme al número 9 de dicho artículo 80, en relación con el 87-5, para su capitalización al 4 por 100, siendo motivo la ausencia de tales documentos para decretar la nulidad de las actuaciones del expediente de gestión, por la posible indefensión del contribuyente, e imposibilidad para los órganos jurisdiccionales de ejercer las facultades revisoras que le concede el artículo 46 del Reglamento Procesal vigente (2).

Que en el caso del recurso se observa que en el expediente de gestión no figuran ni la certificación de los precios medios asignados al término de Coca ni documento alguno acreditativo del importe de los aprovechamientos forestales en el quinquenio precedente, lo que da causa a la nulidad antes comentada, de conformidad con el artículo 61, a), del Reglamento de procedimiento. Pero, además, aunque obrase aquella certificación relativa a los precios medios, ni el contribuyente ni los Tribunales podrían pronunciarse sobre el método y el acierto de su aplicación, al faltar también la certificación catastral, cuyos datos sobre cultivos, y sus clases, han de coordinarse con los del Índice.

15. *ACTOS EXENTOS: Interpretación del artículo 65, apartado c), del Texto refundido, en relación con el artículo XX del vigente Concordato. Diferencias entre impuestos que gravan la propiedad o tenencia de bienes y la adquisición onerosa de los mismos.* (RESOLUCIÓN DE 21 DE MAYO DE 1970.)

A) *Hechos.*—Una congregación religiosa compró una parcela e hizo constar en la escritura, otorgada el 20 de diciembre de 1967, que la adquisición se realizaba con el exclusivo fin de construir un Seminario de Misiones Extranjeras de la Iglesia Católica, por lo que le eran de aplicación los beneficios del artículo XX del vigente Concordato, en cuanto establece, sin limitación ni condicionalidad alguna, en el apartado c) de su número 1, que disfrutarán de exención de contribuciones e impuestos de índole estatal o local las casas de las Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos y seculares canónicamente establecidos en España.

Girada liquidación por el número 1 de la Tarifa al 7,40 por 100, la reclamación se basaba sustancialmente en las manifestaciones recogidas en la escritura y concretamente en la exención contemplada por el apartado c) del artículo 146 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964.

El Tribunal provincial correspondiente desestimó el recurso, al amparo de los siguientes fundamentos: a) En cuanto a la exención del apartado c) del artículo 65 de la Ley reguladora del impuesto de 6 de abril de 1967, que reconoce dicho beneficio fiscal a los establecimientos de

(2) Véase, entre otras, las Resoluciones del Tribunal Central de 14 de julio de 1953, 5 de abril de 1967 y 22 de febrero de 1968.

(3) Ver a este efecto también las Resoluciones de 5 de abril de 1957, 22 de febrero de 1968 y 2 y 16 de abril de 1970.

educación sostenidos con fondos de la Iglesia, es de rigurosa exigencia el que la transmisión tenga lugar precisamente en favor de un establecimiento de dicha naturaleza que con anterioridad haya sido así calificado por el poder público mediante la oportuna Orden ministerial, y no en favor de la entidad que rija o a cuyo cargo hubiera de estar el tal establecimiento; la transmisión que ha dado lugar a la liquidación recurrida no ha tenido lugar en favor de establecimiento de educación alguna, sino en favor de una congregación religiosa, es evidente que en el caso no concurre la circunstancia determinante de la exención subjetiva del impuesto; y b) Que el artículo XX del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 y el Convenio de 8 de diciembre de 1946 no reconocen exención tributaria alguna para la transmisión de que se trata.

El Tribunal Central resuelve del modo siguiente:

B) *Doctrina*.—Que el Concordato vigente, al regular en su artículo XX el régimen tributario aplicable, establece en primer término, en los diferentes apartados de su número 1 y en el 2 y 3, que gozarán de exención de impuestos y contribuciones de índole estatal o local los bienes propiedad de la Iglesia, Ordenes, Congregaciones e Institutos religiosos y seculares, refiriéndose claramente a los impuestos que gravan la propiedad, tenencia o disfrute de los bienes señalados.

Que cuando se trata del tributo que específicamente grava las transmisiones de bienes, esto es, del Impuesto de Derechos Reales (hoy de Transmisiones Patrimoniales), el apartado 5.º del propio artículo XX preceptúa que las donaciones, legados o herencias (es decir, sólo las transmisiones a título lucrativo) destinados a la construcción de edificios del culto católico o de casas religiosas, o, en general, a finalidades de culto o religiosidad, serán equiparadas a efectos tributarios a aquellos destinados a fines benéficos o benéfico-docentes.

Que ni en el artículo XX ni en ningún otro del texto concordado se contiene disposición alguna de régimen tributario especial de aplicación a las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la Iglesia o por los institutos seculares, y, por ello, no ya con criterio de interpretación restrictiva, sino de lógica equiparación de la norma concordada, se llega a la evidente conclusión de que el caso debatido no puede estimarse comprendido en la misma.

F. M. C.

LIBROS

ASCARELLI, TULLIO: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. «Studia Albornioniana». Bosch. Barcelona, 1970.

Creo que el encabezamiento de esta recensión debe tener presente y plasmarlo ese propósito que la «Colección de Estudios Jurídicos», editada por el Real Colegio Mayor Albornioniano de San Clemente de los Españoles, en Bolonia, se propone a través de sus publicaciones. La finalidad esencial es la publicación de obras debidas a sus colegiales o a otros juristas vinculados de algún modo a la institución. Con ello se pretende rendir tributo de público reconocimiento al cardenal Gil de Albornoz, su fundador, en forma que sin duda le habría sido grata, y a los maestros del *Alma Mater* boloñesa, que por espacio de seis siglos han venido contribuyendo eficazmente a la formación de muchos de nuestros juristas.

El Real Colegio Mayor Albornioniano, dirigido con pulso firme y acertado por Evelio Verdura, nos ofrece esta obra de ASCARELLI, en fiel traducción hecha a partes iguales por el citado director y por SUÁREZ-LLANOS (L.). Creo que es un alarde, una especie de lujo jurídico que se ofrece al lector de habla hispana, proporcionar esta obra importante, para que, con su reposado estudio, se vayan sacando las inevitables consecuencias. La obra, en su versión italiana, es ya conocida del aficionado y selecto estudioso. Se publicó en Milán en el año 1960, pero guarda en el momento actual toda la inevitable pureza doctrinal que toda obra decisiva encierra.

Es evidente, como dice el autor, que los estudios de Derecho industrial en Italia ofrecen una larga tradición que se inicia con las Leyes del siglo XIX sobre marcas e invenciones y que evoluciona con los estudios de los derechos de autor, la doctrina de la jurisprudencia y las aportaciones de los autores, que con fina sensibilidad han ofrecido al crecimiento industrial una serie de soluciones dignas de ser tenidas en cuenta. Se hace también imprescindible referirse a la doctrina posterior a la codificación del año 1942, en la que FERRARA sostenía la tesis de la idea organizadora como bien inmaterial protegido, y la de AULETTA, que negaba autonomía a los signos distintivos. Cuenta también la exposición de conjunto que GRECO hace inspirada en el paralelismo entre derechos sobre cosas materiales y derechos sobre bienes inmateriales, y entre invenciones patentadas e invenciones secretas. La idea de monopolio surge de la mano de CASANOVA, y es CARNELUTTI el que ponía de relieve la naturaleza de la creación intelectual como algo trascendente respecto de la cosa en que se manifiesta.

El autor elige, sin perjuicio de tener en cuenta todo este mosaico doctrinal, la dirección que el ingenioso PIOLA CASELLI marca al tratar de las obras de ingenio, admitiendo que la concurrencia es una especie de cuadro en el que cabe coordinar la serie diversa de instituciones que

pueden ser abarcadas bajo la denominación de derecho industrial. Y así se trata de los signos distintivos, invenciones, modelos, obras de ingenio, partiendo siempre de un análisis de las características de las creaciones intelectuales en contraposición con cosas materiales y energías. Por eso, concluye el autor, he procurado individualizar una hipótesis constitutiva del bien junto a la del derecho, distinguiendo el bien inmaterial de la creación intelectual tutelable y los tipos de la misma.

Expuestas en esquema las ideas generales de la obra que recensionamos, queda la proyección que esta materia tiene en el Derecho español. La obra es una fiel traducción del Derecho italiano, y todas sus referencias legislativas al mismo están hechas. Los traductores han respetado el texto y han prescindido de la anotación con reflejos hacia la legislación española. Los trabajos que en España existen sobre estos puntos son ciertamente escasos, por lo que hace de esta obra un importante elemento de trabajo para posibles proyecciones futuras. El hecho de un mercado europeo, el aumento de las relaciones comerciales entre los países y la necesaria reglamentación de tipo internacional pone de relieve la oportunidad de un estudio a fondo del problema.

Recuerdo con indudable satisfacción aquella época en la que, por una circunstancia especial, dediqué largas horas a traducir, recensionar y fichar ciertos libros relacionados con la materia. Hubo una idea que me impresionó mucho. La exponía ROTONDI en *L'evolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des Etats-Unis...*, publicado en Bruselas en diciembre de 1963: «La concurrencia necesitó primero libertad, y, conseguida ésta, la mejor manera de garantizarla es preocuparnos de la igualdad entre los concurrentes.»

La bibliografía que entonces manejé se prolongaba hasta los años 1965-67, pero saltaban al pasar lista famosos y prestigiosos autores: CARABIBIER, FRANCK, MINERVINI, PASTERIS, GUGLIELMETTI, FRANCESCHELLI, PEYRET, BERNINI, VERDOT, etc. No es este el lugar para posibles erudiciones, y al evocar estos nombres no hago más que intentar centrar el tema. Tema que tenía jugando a su alrededor una serie de conceptos muy conocidos, como la obligación de contratar, la concurrencia desleal, los pactos de exclusividad, los consorcios, etc. De mis buscas jurisprudenciales recuerdo la Sentencia de 23 de marzo de 1921, en la que Raquel Meller aparecía como protagonista de la concesión en exclusiva a una editora de discos, y la de 29 de octubre de 1955, muy técnica y precisa; ambas, junto a otra del año 1962, puede decirse que son el material útil español en materia de exclusividad. En la normativa legal era preciso contar con la Ley de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia, es decir, la Ley antimonopolio. Y en el aspecto doctrinal, casi nada. CABANILLAS GALLAS aporta muchas luces con su tesis doctoral sobre los pactos de exclusividad, pero aún continúa inédita.

La obra de TULLIO ASCARELLI se estructura en 13 capítulos, pero nosotros, en atención a la brevedad, vamos a reducirla a cuatro, procurando, eso sí, comprender toda la materia tratada. La obra tiene un prólogo y va seguida de un sumario-índice. No lleva eso que exige la vida moderna con tanta insistencia: índice de conceptos.

Nuestra división en cuatro partes abarca los siguientes puntos: a) Concurrencia. b) Límites. c) Concurrencia desleal; y d) Tutela de la paternidad y creaciones intelectuales.

A) CONCURRENCIA

Este primer capítulo de la obra trata de situar al lector dentro de conceptos previos que van a servir posteriormente para sacar consecuencias en orden al tema. Se esbozan una serie de etapas históricas del Derecho mercantil, enlazadas con los diferentes sistemas de libertad en

el ejercicio de actividades y en los actos, contemplando los aspectos jurídicos y económicos, para concluir con el sistema que rige la Constitución.

La precisión de conceptos está encerrada en una serie de distinciones que el autor hace entre concurrencia y actos de concurrencia, y los enlaces que estos conceptos tienen con la idea de empresa. La concurrencia como hecho deriva de la misma pluralidad de necesidades, por un lado, y de los bienes, por otro, frente a la limitación natural de los medios de cada uno. Pero a esta concurrencia como hecho se puede contraponer el acto de concurrencia, esto es, aquel acto que, típicamente considerado, se dirige a atraer clientes, incluso cuando éstos sean consumidores o posibles consumidores de bienes o servicios producidos por otros, atrayendo directamente clientes o potenciando para ello la propia organización.

Se concluye la materia con el examen de los límites de la actividad de forma absoluta o relativa y de la disciplina jurídica que los regula en una serie de aspectos: de los actos, el convencional de la actividad y de los monopolios, de las modalidades de la actividad y bienes inmateriales y de otra serie de puntos (concurrencia, obligaciones de abstención, actividad y acto, actividad y probabilidad, concurrencia y clientela, etcétera).

B) LÍMITES

Dentro de ellos hemos agrupado una serie de capítulos que el autor presenta como independientes, pero que tienen una relación inevitable. Entre los mismos destacamos:

- a) *La obligación de contratar.*—Viene referida la misma al monopolista. Esta obligación debe ser, evidentemente, mantenida (artículo 1.679 del Código italiano) en cuanto sea compatible con los medios ordinarios del empresario. La obligación de contratar y la predeterminación del contenido del contrato no excluyen el sometimiento del mismo a la común disciplina de los contratos, con la consiguiente aplicabilidad de los principios dictados para los contratos de adhesión, incluso cuando las cláusulas corresponden a las condiciones establecidas en un acto de concesión. La obligación de contratar supone una tutela del consumidor no sólo por ese vínculo, sino por la predeterminación del contenido del contrato.
- b) *Prohibiciones legales de concurrencia.*—Es un concepto distinto del de concurrencia desleal, que supone, como se sabe, una responsabilidad extracontractual y un acto ilícito. Dentro de ellas se estudian:
 - La del prestador del trabajo, que no puede, salvo consentimiento del dador del trabajo, tratar negocios en concurrencia con el empresario.
 - La del socio ilimitadamente responsable, que no puede, sin el consentimiento de los demás, ejercer por cuenta propia o ajena una actividad concurrente con la de la sociedad.
 - El administrador de una sociedad de capital tiene la misma prohibición anterior.
 - El vendedor de una hacienda debe abstenerse durante el plazo de cinco años de iniciar una nueva empresa idónea a la enajenada (los casos se extienden a los arrendamientos y usufructos).
- c) *Prohibiciones convencionales de concurrencia.*—El concepto comprende no solamente el contrato especialmente limitativo del prin-

cipio de concurrencia, sino también la cláusula o cláusulas que formen parte de un contrato con objeto diverso. Los casos que se estudian con referencias concretas a la legislación italiana son:

- Las servidumbres industriales. Dice el autor que la transferencia de los esquemas de los derechos reales a los fenómenos de concurrencia no puede ser realizada más que con la máxima cautela. TERESA PUENTE ha escrito un acertado artículo en los «Estudios» en homenaje al profesor Castán, y que ya creo haber comentado en esta misma Revista.
- Contratos de cambio y plurilaterales referidos a una abstención por parte de uno de los contratantes o de parte de cada uno frente a los demás.
- Contrato normativo y contrato asociativo, en cada una de cuyas distinciones encuadra los contratos anteriormente mencionados.
- Cláusulas de exclusiva, y que, como ya dijimos, trata en España en forma casi exhaustiva la tesis doctoral de CABANILLAS.
- Venta con imposición de precio para la reventa. Esta cláusula es a menudo objeto de especial consideración en la legislación internacional, tanto en términos generales como en relación con su peculiar justificación cuando afecte a productos protegidos por marcas de empresa o por patentes de invención o por un modelo.
- Pactos de preferencia que determinan la preferencia de un sujeto a ser preferido a los demás posibles aspirantes a la conclusión de un contrato determinado.

Por último, el autor examina la disciplina de esta serie de pactos referida a la legislación vigente, sin perjuicio del respeto a la tutela de la personalidad humana y la libertad de mercado.

- d) *Consortorios*.—Aunque el tema es tratado dentro de las prohibiciones convencionales de concurrencia, me he permitido separarlo para hacer epigrafe aparte, ya que el tema se prolonga en otro capítulo que el autor le dedica. Legalmente se definen: «Los contratos entre varios empresarios que ejerzan una misma actividad económica o actividades económicas conexas, y que tengan por objeto la disciplina de la misma actividad mediante una organización común, admitiendo así implícitamente, con la observancia de la disciplina establecida, la posibilidad de vínculos a la libertad contractual y la licitud de la causa del consorcio.»

La materia ofrece un amplio campo para su estudio. Se enfoca la disciplina que los rige, los requisitos formales que han de observarse, los órganos y las deliberaciones, así como las modificaciones contractuales y la disolución. Inevitablemente se extiende la exposición a temas conexos, como el de las cuotas, la representación, la responsabilidad, el fondo consorcial y su proyección internacional.

- e) *Procedimientos indirectos*.—Se estudian y apuntan una serie de ellos que evitan la figura del consorcio. Así, el arrendamiento de los establecimientos a una sociedad, la concesión recíproca de licencias con exclusiva para el disfrute de patentes, la constitución de una sociedad como órgano, económicamente, del consorcio constituido diversamente; el reparto entre sí (*pool*) en determinada proporción de beneficios y pérdidas, la fusión, el *dum-*

ping, etc. El problema se enfoca estudiando las diferencias con el consorcio en cuanto a finalidades y legislación, y los reflejos que estas figuras consorciales o no han tenido en el Derecho comparado y en el campo internacional.

C) CONCURRENCIA DESLEAL

Mientras la corriente del continente europeo, representado por Francia, sitúa el problema de la concurrencia desleal en el campo de la ilicitud, disciplinando la responsabilidad por los daños consiguientes, el Código italiano de 1942 sigue una dirección germánica y estima que el acto de concurrencia desleal supone una acción inhibitoria, independientemente de que haya daño, culpa o dolo. La disciplina de la concurrencia desleal se plantea así como especial en el ámbito de la responsabilidad civil.

Se distingue entre actos de concurrencia y actos de concurrencia desleal, y se precisan una serie de conceptos como el del bien tutelado, los sujetos activos y pasivos y la diferente proyección de la tutela según sea referida a los intereses o a los derechos subjetivos. Se completa la materia estudiando la disciplina pública de la economía y la penal. Si la deslealtad se basa en la violación de los principios de corrección profesional, será preciso en todo caso, para calificarla de tal, que haya sido realizada en interés de una actividad empresarial y que, además, reúna estos requisitos: a) Que se trate de un acto de concurrencia (atraer clientes hacia el empresario en cuyo favor se realiza), bien consista en ofertas de productos o servicios, o bien en actos de publicidad, etc. b) Deslealtad en los medios utilizados e idoneidad para desviar la clientela. Situado así el concepto y los requisitos, se van examinando como ejemplos de actos de concurrencia desleal los de confusión, los de apropiación de méritos y actos de denigración, y los actos de sustracción.

El estudio finaliza abordando el problema de la sanción de la deslealtad con la acción inhibitoria, siendo la primera consecuencia de la declaración de deslealtad del acto la abstención de su continuación. También se estudian las medidas cautelares, las posibles incidencias que puedan existir en los casos de dolo o culpa (sosteniéndose por el autor la innecesidad de que existan), el resarcimiento de daños y las sanciones penales. Como problema último se estudia el de la legitimación de asociaciones profesionales a los efectos del ejercicio de la acción cuando el acto de concurrencia desleal perjudique los intereses de una categoría profesional; igualmente se refiere al problema de la concurrencia desleal en el campo internacional.

D) TUTELA DE LA PATERNIDAD Y CREACIONES INTELECTUALES

En esta última parte que nosotros nos hemos permitido considerar como tal se agrupan una serie de conceptos y problemas íntimamente relacionados, y comprende prácticamente la mitad de la obra. Un primer capítulo se destina a una exposición de conceptos previos, para luego irse ocupando de diferentes situaciones y distintas instituciones.

Dentro de los conceptos generales que sirven para encuadrar la materia se abordan los de la tutela de la paternidad (paternidad de las propias acciones) y la de la intimidad personal (derecho a la imagen), la tutela del secreto y el alcance de unas y otras en relación con las creaciones intelectuales. Se desarrolla toda la teoría de la creación intelectual, distinguiendo entre actos de creación y creación intelectual, y entre ésta y las cosas materiales y las energías. También se expone lo referente a los bienes inmateriales y el derecho moral. Inevitablemente, el capítulo se remata con el examen de los problemas en su proyección internacional.

. En los siguientes capítulos, apretados de conceptos, se va pasando lista a las creaciones intelectuales y los bienes inmateriales; los signos distintivos (nombre comercial y rótulo); la marca y las denominaciones de origen; inventos y modelos, y, por último, obras de ingenio y derechos conexos. Precisar el contenido de cada uno de estos apartados haría extensísima esta recensión y obligaría a un forzoso detallismo que alejaría este trabajo de su carácter. Creo que con el simple enunciado de lo estudiado por el autor el lector se percata de la trascendencia del problema.

Aquí me resta solamente destacar la enorme importancia que todo este estudio —referido al Código italiano— tiene a la vista de las constantes relaciones entre los diferentes países. No hace mucho recensionaba en la «Revista de Derecho Notarial» una notable monografía de FERNÁNDEZ NOVOA que estudiaba el tema de la protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos, y allí decía algo sobre la oportunidad de la publicación: estamos pisando las abiertas puertas del Mercado Común y nuestros productos van a llegar a manos europeas... Se hace necesario estar preparados.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

DEL ARCO ALVAREZ, JOSÉ LUIS: *Régimen fiscal de las cooperativas*. Madrid, 1969.

El 9 de mayo de 1969 se promulga, por Decreto de la misma fecha, el estatuto fiscal de las cooperativas, y finalizando el mes de septiembre aparece el libro de que vamos a tratar escrito por DEL ARCO ALVAREZ, Notario especializado en la materia de cooperativismo. Al libro no puede negársele oportunidad, y por ello debió ser comentado antes; pero los libros se van amontonando y, aunque pretende uno ser riguroso con el cumplimiento del lema del Cuerpo, «*Prior tempore...*», a la hora de la verdad se deja influir por ciertas preferencias de temas a leer.

Para mí, el cooperativismo, aparte su aspecto jurídico y su sistema fiscal, es un fenómeno que hace quebrar, como el asociativo, el principio de la exaltación individual. Hasta ahí llegué, y confieso con rubor haberme asomado tímidamente a la monumental obra de CERDÁ RICHART y al aspecto fiscal que AMORÓS (N.) publicara allá por el año 1955. Con este pobre bagaje de conocimientos considero un atrevimiento enfrentarme con esta recensión, pero debo decir en honor a la verdad que el hecho de haberme leído este libro *me legitima* para poder opinar de él y de su contenido.

Seis son las partes en las que el autor estructura el contenido. En la primera se plantea el problema del cooperativismo en su doble vertiente; en la segunda se hace un estudio del Derecho comparado europeo; la tercera parte es una breve evolución histórica del sistema español; la cuarta se dedica al estudio de la nueva reglamentación fiscal de las cooperativas, y las quinta y sexta se destinan a la exposición de ciertos beneficios fiscales y las actuaciones formales de las cooperativas en relación con ciertos impuestos.

Apunta el autor la «necesidad» política de esta figura en ciertos campos en los que el grupo de consumidores modestos debe ser defendido en su poder adquisitivo, así como el problema de la vivienda, tanto rural como urbana, que puede tener en la cooperativa un buen elemento de solución.

Al estilo tradicional de nuestra forma de hacer recensiones, dividiremos la materia siguiendo la que marca el autor:

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El autor enfoca la materia diseñando la estructura jurídica de la cooperativa, y conforme a esa esencia aplica los principios fiscales, para luego justificar los privilegios que la figura recibe.

La cooperativa es una sociedad de servicios, prolonga la economía del socio, actúa a modo de mandatario de sus socios, tiene personalidad jurídica, no tiene capital especulativo y todo el resultado de la operación cooperativa es por cuenta y en beneficio del socio-usuario. De esta forma sintetizo las ideas sustanciales que el autor expone, para luego sacar las conclusiones: si se ostentan esas características y se trata de sociedades, deben ser aplicables algunos de los impuestos que a estos entes gravan. Pero, al lado de este diseño del cuadro impositivo, aparece la justificación de los privilegios fiscales, cuestión que, como dice el autor, está íntimamente ligada a los presupuestos de política económica y social de cada país.

B) DERECHO COMPARADO EUROPEO

A la hora de exponer el Derecho comparado, el autor elige una serie de legislaciones de países que integran la Comunidad Económica Europea. Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda son los países recorridos, y en todos ellos las cooperativas reciben un trato de favor fiscal según sus diversas clases, aunque en principio queden sometidas al derecho fiscal común.

Completa el examen de los sistemas legislativos comparados haciendo una referencia a Portugal, Noruega, Inglaterra, Irlanda y Suiza.

C) RESUMEN HISTÓRICO DEL DERECHO ESPAÑOL

El esquema evolutivo que el autor hace se basa en unas previas distinciones de ciertos fenómenos de cooperativas. Así, en principio trata de las cooperativas obreras, cuyo concepto fue elaborado por la legislación fiscal a partir del año 1885; se refiere luego a las cooperativas agrícolas o antiguos sindicatos agrícolas; posteriormente las cooperativas de pescadores, más tarde las cooperativas industriales y mercantiles, siendo los dos últimos grupos tratados las cooperativas de consumo y las de vivienda. Se llega así a la Ley de 1931, primera de cooperativas, y la vigente de 2 de enero de 1942, con su Reglamento de 11 de noviembre de 1943. La redacción dada por el artículo 31 de la Ley y 21 del Reglamento provocó una generalidad en las exenciones fiscales, creando una situación anormal que trató de cortar la Orden de 27 de enero de 1948, hasta llegar al estatuto fiscal que publicó el Decreto de 9 de abril de 1954, vigente hasta el presente, con los inevitables retoques producidos por las reformas fiscales habidas en España.

D) EL NUEVO ESTATUTO FISCAL DEL AÑO 1969

Previamente a la exposición del contenido del Estatuto, aborda el autor una serie de puntos como los de la elaboración del mismo, el rango normativo (exponiendo direcciones doctrinales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que los textos refundidos participan de la consideración de una ley formal, por lo que se está en pre-

sencia de un decreto legislativo o legislación delegada), la exposición de motivos, la parte dispositiva y el juicio crítico (califica la obra como no definitiva).

Para exponer el contenido del estatuto parte el autor, como el mismo texto legislativo, de una distinción: las cooperativas *protegidas* (del campo, del mar, producción industrial, artesanía, consumo, estudiantes o escolares, viviendas, crédito —agrícola o de otra clase— y uniones nacionales y territoriales de cooperativas) y *no protegidas*.

El hecho de ser cooperativas «protegidas» (enumeradas en el artículo 6.º de la Ley) provoca la situación de que disfruten automáticamente de los beneficios fiscales que se regulan en el artículo 11 del Estatuto, que se refiere: *a)* Al impuesto sobre transmisiones y actos jurídico-documentados (exención total para los actos de constitución, unión, modificación o disolución y para los actos y contratos mediante los cuales se llevan a cabo adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o sus asociados). *b)* Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas en las que se declaran exentos las ventas, transmisiones, arrendamientos, ejecuciones de obras y servicios que celebren las cooperativas entre sí o con sus miembros. *c)* Impuesto sobre la Renta de Sociedades en el que se declara exento por un período de diez años a contar de la fecha de la iniciación de un ejercicio completo y bonificación del 50 por 100 de carácter permanente una vez transcurrido el período de exención. *d)* Impuesto sobre rentas de capital en el que gozan de exención: 1. Las participaciones de los socios en los resultados de las operaciones de la cooperativa, siempre que la norma de reparto sea proporcional a los suministros, entregas de productos, servicios o actividades realizadas por el socio. 2. Los intereses percibidos de sus socios por los préstamos u operaciones que estén amparados en los fines sociales y estatutarios. 3. Los intereses que las cooperativas de crédito, así como las secciones de crédito de las cooperativas del campo y mar, satisfagan a los titulares de imposiciones en cuenta corriente o libretas de ahorro. *e)* Impuesto industrial en el que rige una bonificación del 95 por 100 de las cuotas de licencia fiscal. *f)* Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas. No está citado este impuesto dentro de las exenciones, pero el autor considera fundada esta omisión, ya que no es imaginable que una cooperativa sea titular de bienes o derechos reales excluidos del tráfico jurídico, o de la sucesión hereditaria, llegado el caso de su disolución. Todas estas disposiciones son aplicables a las Uniones Nacionales y Territoriales de Cooperativas.

Por último, se recoge en el estatuto la norma de que las exenciones y bonificaciones citadas alcanzan a los recargos provinciales y municipales. En forma especial se estudian, con anterioridad, las causas de cese de exenciones y las de pérdida de los beneficios fiscales, así como causas específicas referidas a las cooperativas del campo, del mar, de producción industrial, de consumo, de crédito y de vivienda, así como las que puedan derivarse de una aparente cooperativa o de las Uniones Nacionales o Territoriales de Cooperativas.

Respecto de las cooperativas no protegidas (las no comprendidas anteriormente, las que provocan su cese como protegidas, las que pierdan su condición de protegidas y las que el Ministerio de Hacienda declare constituidas para fines distintos), quedan sujetas al régimen tributario general en la forma y medida que la Ley propia determine, aunque, no obstante, surgen ciertos problemas que el autor estudia en orden a los Impuestos de Sociedades y Renta de Capital y en orden a la determinación de los conceptos «gasto y beneficio».

Con estos comentarios y otros iniciales sobre las normas comunes a todas las cooperativas en orden al Registro Fiscal y la composición de

la Junta consultiva del Régimen Fiscal, así como las disposiciones finales y transitorias, finaliza la parte más importante de la obra, en cuanto supone la referencia legislativa vigente y su comentario ajustado al texto legal.

E) BENEFICIOS FISCALES A LAS COOPERATIVAS SOBRE ASOCIACIONES DE EMPRESAS

Se exponen las directrices que el I y el II Plan de Desarrollo tienen en orden a la materia, y que vienen concretadas en el Decreto de 27 de julio de 1964, concediendo las bonificaciones de los siguientes impuestos: a) El 95 por 100 en transmisiones patrimoniales y actos jurídico-documentados. b) El 95 por 100 en impuestos, contribuciones, tasas y exacciones, sean estatales, provinciales, municipales o de cualquier otro orden en los actos en que se relacionen con las sociedades o empresas-socios. c) El 95 por 100 del Impuesto sobre rentas de capital. Además, la aplicación a los empréstitos emitidos por dichas sociedades de las reducciones fiscales establecidas por el Decreto-ley de 19 de octubre de 1961 y Ley de 11 de junio de 1964.

F) OBLIGACIONES FORMALES

Es el último capítulo de la obra, en el cual el autor sintetiza la parte práctica de la obligación fiscal, recorriendo los diferentes impuestos en los que la sociedad cooperativa está implicada, para que la misma pueda gozar de los beneficios o exenciones.

Termina la obra con la inclusión en forma de apéndice del texto legislativo del año 1969 y un índice de las materias tratadas en forma sumarial. Es decir, no se incluye un índice de materias, que hubiera proporcionado al lector una más rápida localización del concepto buscado. Al no hacerse citas de autores, no se contiene tampoco referencia a los mismos en el índice.

El juicio final provoca en el ánimo del lector la necesidad de proclamar que el libro, no muy extenso y escrito en párrafos sueltos, es libro de consulta para la posible solución de los problemas fiscales que este fenómeno asociativo pueda plantear al liquidador y al jurista.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

GABRIELLI, GIOVANNI: *Il contratto preliminare*. 371 págs. Milán, 1970.

El contrato preliminar es aquel mediante el que las partes se obligan a concluir en el futuro un ulterior contrato ya enteramente determinado en sus elementos esenciales. De los términos de la definición, que sirve de premisa de la que parte GABRIELLI para su estudio, se infieren dos aspectos fundamentales del concepto. En primer lugar, que el contrato preliminar es un contrato autónomo, completamente distinto al definitivo. La función tipifica a los contratos, y la del contrato preliminar, consistente en imponer la formación de un ulterior contrato, no puede venir confundida con ninguna función negocial conocida. En segundo, que el contrato definitivo es un contrato normal, en nada distinto a aquellos que se concluyen en el acto en forma definitiva sin estar precedidos de un contrato preliminar.

No obstante, esta concepción no ha sido en todo momento pacífica, sino que se ha discutido especialmente el valor de la secuencia prelimi-

nar-definitivo, y una parte de la doctrina ha negado su interés en base al razonamiento de que quien se obliga dar diez puede ser demandado por incumplimiento de la prestación de dar los diez sin necesidad de acudir a un instrumento intermedio que sería el contrato preliminar. Con lo cual sería inútil la distinción entre contrato preliminar y definitivo. Esta orientación fue seguida por el legislador francés, al menos en tema de promesa de venta, y, sin embargo, una doctrina francesa, tanto antigua como reciente, fundada en muy variados argumentos, defiende la figura del *avant-contrat* como netamente distinto al correspondiente contrato definitivo sobre la base de una propia y bien individualizada justificación funcional. En otras legislaciones (por ejemplo, la suiza) el legislador reconoció la autonomía del contrato preliminar con una formulación general y explícita, y, sin embargo, esto no ha impedido la formación de una doctrina entre los autores suizos que defienden la tesis negativa de la inutilidad de distinguir entre contrato preliminar y contrato definitivo.

En los sistemas jurídicos en los que el legislador guarda silencio (por ejemplo, el alemán, el italiano de 1865), la doctrina adopta las posturas más extremas en torno al tema. En definitiva, en el Derecho continental sigue debatiéndose un tema que puede reconducirse a aquel de las posiciones ante la libertad de los particulares para decidir los pretendidos efectos jurídicos mediante el empleo de los instrumentos que quieran las partes elegir, o la inadmisibilidad de utilizar un instrumento que jurídicamente se estima inútilmente tortuoso. De la posición que se adopte surge la solución distinta en cada caso.

La solución está ligada a la cuestión de si la conclusión del contrato definitivo responde a alguna función objetivamente apreciable. Y si aun aceptándose que no, si se debe negar a la autonomía privada la elección de instrumentos ociosos para llevar a cabo el fin perseguido. Pero esta segunda cuestión no tendrá sentido sino cuando se llegue a demostrar la inutilidad del segundo contrato.

El vigente Código civil italiano, aunque recoge entre sus preceptos al contrato preliminar, no ha resuelto la problemática en torno al mismo. Lo único que ha hecho es procurar argumentos de defensa de algunas posiciones. Así, hoy es difícil adherirse pura y simplemente a la posición negativa, sobre todo el hecho de que el Código italiano prevea hoy la necesidad de un acto jurisdiccional en sustitución del contrato definitivo, cuando una de las partes rehúsa concluirlo (art. 2.932), impide considerar al contrato definitivo como un inútil diafragma.

Una tendencia nueva en la doctrina italiana que tiene sólo de común el discutir el carácter negocial del contrato definitivo ha surgido hoy pese al Código, y todavía más en base a la innovación del Código civil en tema de contrato preliminar.

GABRIELLI parte de la idea de que una investigación del contrato preliminar exige, sobre todo, plantearse la cuestión de la naturaleza del contrato definitivo; es sobre este punto que es necesario decidir, sobre la función práctica del contrato definitivo, que debe necesariamente recibir la solución al conflicto de intereses ya delineada en el contrato preliminar. Sobre su consideración como negocio jurídico. La jurisprudencia italiana, y especialmente en materia de promesa de venta, se ha inclinado decididamente por la distinción entre los dos contratos, preliminar y definitivo, como hemos podido ver que es también tendencia de nuestro Tribunal Supremo. El elemento discriminador que sirve de distinción entre ambos contratos está en el hecho de que la voluntad de los contrayentes en un caso viene dirigida a adquirir inmediatamente un cierto resultado económico, y en el otro a adquirir solamente el derecho al instrumento jurídico productor de tal resultado.

Esto, no obstante, no priva a la jurisprudencia italiana de incurrir a lo largo de una serie de casos concretos en vacilaciones que se acomodan mal con esta línea de principios, que oscurecen la distinción entre contrato preliminar y contrato definitivo. Partiendo de la premisa de considerar al contrato definitivo como negocio jurídico, los contrayentes, al recurrir a la secuencia preliminar-definitiva, manifiestan su voluntad de escindir en dos fases la actividad jurídica dirigida a la introducción de una determinada regulación de intereses, y de aquí se cuestiona cuál sea el valor atribuido por las partes y reconocido por la ley a la segunda fase.

Es muy interesante la exposición y crítica que lleva a cabo GABRIELLI de aquellas tesis que niegan la naturaleza negocial del negocio definitivo, fundándose en argumentos inferidos de la imposibilidad de hablar de negocio jurídico cuando hay un acto debido.

Analiza a continuación el problema en su aspecto sustancial: la dificultad de individualizar la función del contrato definitivo a causa de la identidad de contenido con el negocio preliminar.

La concepción del negocio jurídico bajo el perfil funcional lleva a la crisis la concepción corriente del definitivo como negocio jurídico; la función del negocio jurídico consiste en la autorregulación de los intereses privados: ¿puede ser esta la función del contrato definitivo? Es innegable que el contrato definitivo introduce una nueva regulación que las partes no han querido que fuese contenida en el contrato preliminar. No obstante, desde el plano funcional aparece el definitivo como el medio antecedente, en una relación mecánica de causalidad de tal regulación, no como la fuente que propia y libremente lo determina. Argumento a favor del planteamiento (el 2.932 del Código civil italiano): el contrato preliminar no es susceptible de ejecución en forma específica.

A continuación examina la exigencia de individualizar la función del contrato definitivo de acuerdo con la concepción normativa de negocio jurídico. Se ha puesto de relieve por la doctrina recientemente que todas las dificultades que se oponen al reconocimiento de una función negocial en el contrato definitivo derivan exclusivamente de la inadecuación a la concepción tradicional del negocio jurídico. El negocio jurídico, se ha dicho, es establecimiento de normas. Desde tal punto de vista se permite claramente percibir las diferencias entre los preceptos abstractos contenidos en el contrato preliminar y los concretos del definitivo. Este es negocio jurídico en cuanto que da un precepto concreto que antes de él sólo existía en potencia. Este pasar de la normativa abstracta a la concreta presupone una actividad de cuya naturaleza negocial no cabe ninguna duda, especialmente si no se adscribe al concepto de norma la necesidad del carácter de novedad. Sin embargo, la tesis no acaba con las dudas, y la cuestión permanece en los mismos términos: ¿por qué los particulares pueden prever, para la introducción de la regulación de intereses, la necesidad de un acto ulterior que no tendría, respecto de la regulación misma, ninguna función determinativa en el orden del *an* ni del *quomodo*?

El problema de la individualización del recurso al contrato preliminar es objeto de investigación en las páginas de este libro. GABRIELLI parte de una primera conclusión: la dificultad que deriva, a la hora de calificar el contrato definitivo, de la ausencia de libertad al contraerlo en orden al *an* y al *quomodo* de la regulación, dificultad que no se ha superado de modo satisfactorio por los que conciben al definitivo mismo como un negocio que tiene su misma función asumida en el correspondiente negocio estipulado inmediatamente en vía definitiva.

Y todavía antes de entrar en el tema central de la naturaleza de contrato definitivo se detiene a analizar el problema de la no susceptibilidad de ejecución en forma específica del contrato preliminar.

La sección segunda de este primer capítulo viene dedicada al problema de la función del contrato definitivo. Excluida de todo tipo de contrato definitivo la presencia de una autonomía negocial entendida como libertad de decidir si se introduce o no la regulación de intereses, es necesario verificar si esta ausencia implica también la de la libertad de configurar o, por cada contrayente, de contribuir a la configuración de la regulación misma. Dentro de este orden de ideas, analiza en primer término la pretendida función del contrato definitivo como destinado a integrar la regulación delineada en el preliminar, para concluir que, aunque sugestiva, y en buena parte acorde con la realidad, ya que el contrato definitivo suele tener una disciplina más amplia y particularizada que el preliminar, no puede servir de fundamento para sostener la individualización de la función del contrato definitivo. Dedicando a su crítica una cuidadosa argumentación, no puede hablarse de función integrativa del contrato definitivo, porque el contrato preliminar ha de contener todos los elementos objetivamente esenciales del definitivo. Y aborda a continuación el tema conexo con el que estudia la obra: el de la naturaleza precontractual de la denominada «minuta» o «puntuazione»; esto es, de la fijación de los acuerdos.

Estudia después el contrato definitivo como instrumento de la discrecionalidad privada, llevando a cabo la crítica de esta posición doctrinal, partiendo del argumento fundamental de que si la discrecionalidad no es autonomía se renuncia con ello a definir al contrato definitivo como negocio jurídico. El contrato definitivo no puede entenderse como un acto discrecional, si discrecionalidad viene entendida en el sentido técnico que elabora la doctrina de Derecho público, como viene utilizado en la esfera del Derecho administrativo.

Las tentativas para asignar autonomía al contrato definitivo no acaban con las soluciones examinadas y rebatidas por GABRIELLI; la cuestión no ha sido nunca pacífica y ha dado lugar a una gran variedad de posiciones doctrinales.

La dificultad de concebir como negocio jurídico al contrato definitivo, que no hace sino repetir una valoración preexistente, sirve de base a la doctrina para sostener que debe considerarse sólo como un acto o, si se prefiere, como contrato de disposición. Con esta expresión se designa en los ordenamientos jurídicos que reconocen al contrato eficacia puramente obligatoria al ulterior negocio necesario para actuar la transmisión de la propiedad o bien la transmisión y la constitución de otros derechos reales. Dentro de esta teoría, el contrato preliminar será únicamente concebible en este tipo de contratos encaminados a transferir los derechos reales sobre cosas determinadas. El contrato definitivo se justifica como negocio jurídico en cuanto que transforma la mera obligación de transferir en transferencia. El negocio definitivo será negocio por el mismo título y en la misma medida en que lo es el *dinglicher Vertrag* del Derecho alemán. Sin embargo, para GABRIELLI la tesis es rebatible por la insuficiencia de los argumentos aducidos en su defensa y por la imposibilidad de individualizar el contrato definitivo. Se ha intentado construir la hipótesis del negocio definitivo como un negocio abstracto de disposición; se ha hablado del acuerdo condicionado a una futura documentación como fuente de mera responsabilidad precontractual, del contrato definitivo como negocio destinado a asumir una mera función reproductiva, tesis que analiza y rebate GABRIELLI en las páginas de su obra, destrozando con habilidad los argumentos aducidos para sustentarlas.

Finalmente concluye que la doctrina no ha podido resolver el problema de la función del contrato definitivo, lo que ha querido demostrar a través del examen de la misma para justificar su propia investigación sobre el tema. Pone de relieve que el método utilizado por la doctrina en su examen sobre el contrato preliminar y el problema de su sustantividad ha partido siempre, principalmente, de consideraciones psicológicas y práctico-económicas, prescindiendo de toda cuestión general de carácter metodológico.

Por otra parte, el examen de las distintas teorías ha puesto de relieve la dificultad a través de las mismas de concebir el negocio definitivo como tal negocio jurídico, todo lo cual le lleva a volver a la concepción tradicional al tratar de defender el carácter negocial del contrato definitivo.

En el capítulo segundo de la obra expone GABRIELLI su propia doctrina.

El examen de las tentativas llevadas a cabo para individualizar la función típica del contrato definitivo revela indudablemente la existencia de un punto de partida común, aun cuando las opiniones sean las más extremas. Cada vez que se intenta individualizar el interés que el ordenamiento jurídico garantiza legitimando el recurso a la secuencia preliminar-definitivo, se parte de constatar que las partes ya a través del preliminar intentan suministrar la solución del conflicto de intereses, pero no quieren, al mismo tiempo, que tal solución se introduzca inmediatamente. Hay una voluntad de dilación en todo caso en el contrato preliminar; es más, la voluntad de dilación es un requisito esencial del mismo. De la misma manera que existe una voluntad de dilación en el caso de la obligación a término. Se trata de una de aquellas hipótesis en las que el término constituye un elemento natural de la causa del contrato en dependencia del particular relieve atribuido al interés del deudor. La exigencia de predisponer un ajuste destinado a actualizarse en el futuro nace de la tendencia natural del hombre a prever y programar. Cuando los contratantes quieran traducir en términos jurídicos esta necesidad de predisponer su futura relación contractual acudirán o a la obligación a término o al contrato preliminar. Entre ambas soluciones hay notables diferencias de régimen jurídico, especialmente en el ámbito de la eficacia de los contratos traslativos.

Pese a que en ocasiones la doctrina ha argumentado que los mismos efectos que se buscan a través del contrato preliminar pueden alcanzarse con el contrato a término, las diferencias, no sólo de régimen, sino de función, son muchas, y de aquí precisamente la diversidad del régimen legal para cada uno de los supuestos. La función del aplazamiento en el contrato a término y en el preliminar son diferentes. El contrato preliminar, frente al contrato a término, deja una amplia apertura a la posibilidad de valorar lo que puede variar entre el momento de la obligación y aquel posterior de la adquisición. Y basta esta razón para justificar su extensa utilización en el terreno de los contratos relativos a la transferencia o constitución de los derechos reales sobre cosas determinadas. La función del contrato preliminar comienza así a delimitarse con cierta claridad: se presenta como el instrumento jurídico que permite a las partes, cuando quieran, concluir de momento un determinado negocio para la satisfacción de necesidades futuras, de mantener en la medida que se acordará una ulterior posibilidad de valoración. Límites de la posibilidad de desvincularse de las partes después del preliminar que son la justificación del contrato definitivo.

El contrato definitivo viene a ser el instrumento para el control de las circunstancias sobrevenidas. Es una forma de cautela en atención a la incerteza de que perduren los actuales presupuestos de la regulación de intereses; significa una preferencia del prevenir frente al re-

parar regresivo. Sale al frente de los argumentos que pueden esgrimirse contra su tesis que va desarrollando en estas páginas sistemáticamente. Y busca el apoyo en los textos legales.

Examina la hipótesis de obligación legal de contratar y establece un paralelo de la misma con el contrato definitivo.

Finalmente concluye que la función de control asumida por el contrato definitivo es justificación suficiente de su naturaleza negocial. El juicio de conveniencia que se lleva a cabo en el contrato definitivo es, efectivamente, un juicio nuevo respecto de aquel concluido en el preliminar. El carácter autónomo del contrato definitivo está asegurado por la circunstancia de que la segunda valoración de oportunidad puede venir repensada en sus presupuestos independientemente de la primera, aun cuando no con criterios diversos, manteniendo solamente a verificar eventuales divergencias respecto a los hechos sobre los que la primera valoración se fundamentaba.

Se refiere después a las consecuencias principales derivadas de la naturaleza negocial del contrato definitivo: régimen del contrato definitivo con referencia a los requisitos de validez, rescindibilidad del contrato definitivo, sujeción a la acción revocatoria. Reflejo de la función negocial sobre la función solutoria del contrato definitivo. Temas todos ellos de indudable interés y de especial complejidad a la hora de dar soluciones.

Finalmente se refiere a la función del contrato definitivo y la función típica del contrato preliminar. Siguiendo a la doctrina francesa, entiende que la función del contrato preliminar consiste en dilatar en el tiempo la misma introducción de la regulación de intereses antes que, simplemente, su eficacia. Pero entiende que esta fórmula es insuficiente por sí. Porque con ella todavía se arriesga el desconocer la autonomía del preliminar respecto del contrato definitivo. Y es insuficiente porque no pone de manifiesto el valor constante y, por tanto, típico que se lleva a cabo mediante la dilación de la introducción antes que simplemente de la eficacia de la regulación de intereses concordada.

Pone de relieve el valor patrimonial autónomo del resultado conseguible mediante el contrato preliminar. Y recuerda que el carácter autónomo de la operación económica representada por el pacto de opción debe reconocerse, no obstante la menor evidencia, también en el contrato preliminar bilateral. La posibilidad de tener vinculada a la otra parte a un determinado negocio, preliminarmente juzgado favorable, y de poder, a la vez, desvincularse, en el caso de que se alterasen las circunstancias contempladas precedentemente, representa una segura ventaja. Examina las consecuencias del principio de considerar como autónomo al contrato preliminar: el carácter no excepcional del contrato preliminar, existencia de causas de invalidez propias del contrato preliminar, influencia de la invalidez propia del contrato preliminar. Las examina cuidadosamente, poniendo de relieve dos problemas que plantean.

Por último, el capítulo tercero de la obra, aceptada ya en los términos expuestos la autonomía de los contratos preliminar y definitivo, y sus propias funciones, se dedica en primer término a las dificultades que encierra el comprender bajo una categoría unitaria los contratos preliminares unilateral y bilateral. La unificación de ambos en una categoría única resultaría según la orientación corriente de su identidad de contenido: obligación que tiene por objeto la prestación del consentimiento definitivo a la introducción de una determinada regulación de intereses. La diferencia específica radicaría en que en la una tal obligación se asume recíprocamente por ambos contratantes, y en la otra por la sola parte obligada a vincularse. Pero esta teoría no es exacta,

razón por la que estudió en primer lugar la doctrina del contrato preliminar en el supuesto de contrato preliminar bilateral. Ahora dedica el capítulo final al estudio del contrato preliminar unilateral.

Aun partiendo de un aspecto común entre ambos: la preparación de la introducción de un futuro régimen de intereses, son muchas las particularidades de cada tipo para reducirlas en su análisis a una categoría unitaria. La función asignada al contrato bilateral preliminar consiste en fijar desde el principio un determinado régimen de intereses consintiendo a las partes controlar ulteriormente los presupuestos en un segundo momento, antes de introducir el régimen definitivo. En el contrato preliminar unilateral, en cambio, el régimen de intereses no viene fijado, desde el momento en que una de las partes queda completamente libre. Podrá de esta manera, en un segundo momento, valorar la conveniencia misma del régimen a introducir, sin estar en ningún modo vinculado por apreciaciones ya concluidas precedentemente. La doctrina destaca dentro de este orden de ideas el carácter, la finalidad típicamente «especulativa» de este tipo de contrato. Mediante él, una parte se asegura la posibilidad de concluir un negocio en determinadas condiciones, con la idea de convertirlo en definitivo si en el futuro las vicisitudes del mercado le vuelven tales condiciones particularmente ventajosas para él, o abandonarlo en el caso contrario. Lo cual no quiere decir que una regulación de intereses sea del todo extraña a este tipo de negocio jurídico, o lo sea necesariamente al tipo de contrato preliminar unilateral.

La función ulterior del contrato preliminar unilateral coincide perfectamente con aquella que es propia del llamado pacto de opción. GABRIELLI establece el parangón entre ambas figuras, para concluir cuáles son las diferencias de función y de régimen.

Escribe GABRIELLI que de la misma manera que el problema del contrato preliminar bilateral ha sido siempre el justificar su autonomía respecto del definitivo, el del contrato preliminar unilateral es el de justificar su autonomía funcional respecto del pacto de opción.

No hay que olvidar que una reciente doctrina tiende a concebir el contrato preliminar unilateral como un contrato de opción. Examina la tesis que concibe al contrato preliminar unilateral como pacto de opción para la conclusión de un contrato preliminar. De todos estos análisis concluye que el contrato preliminar unilateral es, con referencia al pacto de opción, un instrumento jurídico más refinado y complejo mediante el que las partes buscan hacer valer determinadas cautelas a fin de fijar desde el principio una regulación de intereses, evitando, empero, al mismo tiempo todo exceso de precipitación.

La doctrina alemana distingue dos categorías del contrato unilateral preliminar, la «Offerierungsverträge» y la «Akzeptierungsverträge», distinción ignorada por el Derecho italiano, al menos en apariencia, excepción hecha de algunas sentencias de la jurisprudencia en tema, por otra parte, de pacto de prelación. El reconocimiento es, sin embargo, significativo, puesto que para la doctrina jurisprudencial italiana el pacto de prelación representa un caso de contrato preliminar unilateral sujeto a condición potestativa.

Para GABRIELLI, aceptando la distinción de la doctrina alemana, la promesa de aceptación —«Akzeptierungsvertrag»— se puede reconducir a la figura de que habló de la opción de contrato preliminar; en cuanto a la promesa de oferta —«Offerierungsvertrag»—, rechazada la idea de obligación de ofrecer, puesto que la oferta presentada en ejecución de un contrato preliminar presenta todas las características de una propuesta contractual común, hay en ella una iniciativa del procedimiento de formación del contrato definitivo. Esta iniciativa se concreta sustan-

cialmente en un poner a disposición de la contraparte la regulación de intereses delineada precedentemente a fin de que esta última pueda libremente decidir si provocar o no su introducción. Lo que en términos tradicionales aparece como una obligación de ofrecer está en realidad correctamente definido como una obligación de conceder una opción. La figura puede reconducirse a un instrumento negocial familiar de la jurisprudencia y doctrina italianas: el contrato preliminar de opción.

Destaca la función común a los dos tipos que ha admitido de contrato preliminar unilateral, así como la relación con la función asumida por el contrato preliminar bilateral.

Se examina, finalmente, la opción de contrato preliminar de venta, el *pactum de retrovendendo*, y las diferencias de la figura del contrato preliminar unilateral con otras afines: pacto de prelación, prenotación (*prenotazione*), los contratos que denominan *venditres con riserva digraduendo* y el pacto de contratar con un tercero.

GABRIELLI lleva a cabo en estas páginas un estudio muy completo de un tema difícil, analiza las diversas teorías sobre el contrato preliminar, hace de las mismas una cuidada crítica. Pero, sobre todo, propone su propia posición de acuerdo con un criterio que podemos aceptar o no, pero que está lógicamente construido.

TERESA PUENTE MUÑOZ

GHIDINI, GUSTAVO: *La responsabilità del produttore di beni di consumo*. Milán, 1970.

La creciente expansión de la producción en serie y comercio de los llamados bienes de consumo es un fenómeno cuyos indudables perfiles políticos, económicos y sociológicos no pueden marginar su alto interés jurídico. En efecto, la experiencia demuestra que dicha expansión va acompañada de un evidente aumento de los daños —físicos y económicos— padecidos por los consumidores de los bienes y ocasionados por defectos de los mismos.

Jurídicamente —y desde un ángulo privatístico— surge de inmediato la cuestión: ¿quién debe soportar la carga del resarcimiento de los daños ocasionados por productos defectuosos? O más concretamente: ¿qué tipo de defectos y qué tipo de daños pueden tener relieve?

GHIDINI considera relevantes los vicios de fabricación en sentido estricto que afectan a un solo ejemplar, el defecto de toda una serie a causa de un proyecto defectuoso, la deficiente preparación del producto para el comercio y la carencia de los elementos representativos de la calidad del fabricante. En cuanto a los daños, las lesiones psicofísicas y los perjuicios económicos derivados ya de la inutilización del mismo bien defectuoso, ya de la destrucción de otros bienes, ya del hecho de haber pagado un precio íntegro por un bien cuyo valor estaba mermado por el defecto.

Partiendo de esta base se propone GHIDINI discernir cuál de las diversas soluciones técnicas posibles armoniza mejor los intereses en juego, señalando de inmediato cómo un análisis primario de dichos intereses contrapone el del consumidor, de no soportar un daño que él no puede evitar, y el del fabricante, de no responsabilizarse y obtener así y siempre el mayor beneficio. Se afirma entonces —y al amparo de la teoría de la responsabilidad extracontractual sin culpa— que los daños deben ser cubiertos por el fabricante, pues es el sujeto en cuyo interés

se desarrolla la actividad de producción, y, además, siendo su situación económica la más fuerte, puede soportar y absorber mejor la carga del daño.

Fácilmente se observa, sin embargo, que tales criterios de imputación no son absolutos, pues en base a ellos mismos podría afirmarse la responsabilidad del comerciante y, en definitiva, no se desvirtúa el principio según el cual debe eximirse al fabricante y no entorpecer el proceso productivo.

No se trata, por tanto, de los intereses particulares en juego, sino de un interés general, según el cual importa que la carga del resarcimiento del daño se sitúe de un modo que, de un lado, cause el menor desequilibrio económico, y, de otro, que opere como incentivo para reducir o eliminar la posible repetición del mismo daño. Bajo ambas perspectivas aparece el fabricante como sujeto sobre el que debe recaer el riesgo, pues él dispone de los medios de cobertura, económicos y técnicos, más idóneos para llenar las exigencias señaladas.

Admitida esta conclusión como válida y deseable en un plano teórico, pone de relieve GHIDINI cómo la legislación parece, *prima facie*, contraria a la tesis expuesta. Efectivamente, en el Derecho positivo italiano sólo a través de la regulación de la compraventa se establecen normas de protección para el adquirente de productos defectuosos. Nos referimos al sistema de responsabilidad del vendedor configurado en los artículos 1.490 y siguientes del Código civil, si bien hay que señalar que se trata de una responsabilidad muy limitada, no sólo por el breve término de prescripción (ocho días: art. 1.495), sino por el hecho de que el vendedor queda liberado de toda responsabilidad simplemente con probar que ignoraba «sin culpa los vicios de la cosa» (art. 1.494).

La evidente extrañeza de la legislación —y no sólo la italiana— a la idea de la responsabilidad del fabricante encuentra su explicación en el hecho de que las codificaciones corresponden a una época de industrialización incipiente y cuya actividad productiva se centraba en los bienes de producción y los servicios de base. De otro lado, hay que señalar que sobre el legislador de 1942 pesó sobremanera la idea de evitar nuevos gravámenes sobre los costos de producción.

Un primer intento constructivo apunta hacia el sistema de responsabilidad extracontractual del artículo 2.043 del Código civil: cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño. La responsabilidad del fabricante se fundaría entonces en un criterio de imputación por culpa en cuanto a daños derivados de defectos evitables, mientras que para daños por defectos inevitables se aplicaría un criterio de responsabilidad objetiva. Tal afirmación carece de base normativa suficiente, pues la imputación al fabricante de los defectos inevitables —que no cabe ex art. 2.043— no parece reconducible, si no es por analogía, a hipótesis de responsabilidad sin culpa prevista en el Código civil, y la interpretación analógica no se admite con facilidad en materia de responsabilidad sin culpa.

Desde otra perspectiva se intenta fundamentar la responsabilidad del fabricante en el peculiar «contacto social» que se establece, entre él y el adquirente, en la moderna situación del mercado, y que se caracteriza por una específica confianza que, de un lado, mantiene y provoca el fabricante, y, de otro, origina la actividad del adquirente y, consiguientemente, la entrada del bien defectuoso en su esfera. El problema entonces se centra en verificar si el contacto social referido es susceptible de calificarse como «hecho constitutivo de deberes jurídicos», a cargo del fabricante, y en base a los cuales pueda el adquirente reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por defectos de un bien.

En esta línea, un primer tipo de hipótesis —histórica y sistemática—

mente— califica el «contacto social» fabricante-adquirente como *facti species* negocial, deduciéndose para el primero una obligación de actividad dirigida a la protección del segundo. Desde este punto de vista, son dos las orientaciones fundamentales.

En primer lugar se considera al adquirente como parte de una relación negocial que abarca al fabricante y al comerciante, estimando que las relaciones entre estos últimos están funcionalmente preordenadas a la estipulación del contrato de compraventa por parte del consumidor. Se parte de la idea de que al consumidor, sujeto directamente interesado en el bien, le importa, ante todo, la calidad del mismo, y ésta depende del fabricante, sin que sea relevante en este sentido la intervención del vendedor. La relación fabricante-comerciante se configura, bien como contrato a favor de tercero, bien reconduciéndola a la figura del mandato. Tal afirmación es discutible, en el primer caso, porque no parece que en el contrato entre fabricante y comerciante el adquirente sea considerado como destinatario de una prestación a cargo de una de las partes, y en el segundo, porque frente a terceros el comerciante vendedor actúa en nombre propio, además de que se señala que, caso de admitirse la tesis, la responsabilidad del fabricante quedaría dentro de los límites del artículo 1.494 del Código civil.

En segundo lugar, y en base a la actividad que el fabricante asume para ganarse la confianza del público, se estudia una relación negocial fabricante-adquirente, distinta y autónoma de las que existen entre fabricante y comerciante y comprador. La doctrina alemana califica la actividad promocional como oferta de contrato, de la que resulta obligado el fabricante a proporcionar una determinada calidad y, en su defecto, a indemnizar. Señala GHIDINI que esta tesis tiene un fundamento poco sólido, cual es el de estimar que de la actividad promocional se derivan obligaciones de tipo negocial. En este sentido, es cierto que el fabricante ofrece muchas veces garantía —que, por cierto, cubre sólo la reparación de los defectos o, en su caso, sustitución del bien—, pero ello no desvanece las dudas, sino al contrario, puesto que si se ofrece explícitamente como un incentivo más, es porque no existe obligación específica al respecto. La actividad de promoción puede suponer para el fabricante una cierta obligación moral de prestar la calidad prometida, pero no tiene relevancia jurídica.

La inaceptabilidad de las hipótesis de tipo negocial no supone la imposibilidad de fundar la responsabilidad del fabricante en base al «contacto social» entre éste y el adquirente. Se trata de investigar si de la misma Ley puede deducirse que tal «contacto» funciona como hecho constitutivo de determinados deberes del fabricante. Partiendo de la específica nota de confianza que caracteriza dicho «contacto», igual en esencia al que existía en mercados de tipo artesanal entre vendedor y adquirente, y que parece susceptible en principio de calificarse como relación precontractual, se pretende aplicar esta misma calificación a la relación fabricante-consumidor del moderno mercado. De aceptar esta calificación entraría en juego el sistema del artículo 1.337 del Código civil, según el cual «las partes, en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe».

A la tesis precedente se oponen, sin embargo, una serie de objeciones que ponen de manifiesto la existencia de ciertas diferencias entre los dos tipos de «contacto social» que se pretende equiparar: fabricante-vendedor y fabricante-adquirente.

En primer lugar, y en cuanto a los presupuestos objetivos, se señala que la relación vendedor-adquirente se desenvuelve en el ámbito de la oferta al público que el ejercicio del comercio comporta, siendo patente

una tácita voluntad negocial por parte del vendedor, voluntad que no aparece en la actividad promocional. De cualquier modo no parece suficiente esta diferencia para excluir el esquema precontractual. De hecho la doctrina admite que, junto a la efectiva oferta de contrato, basta una simple invitación, aun tácita, para que pueda hablarse de relación precontractual.

En segundo lugar se pone de relieve cómo en la relación fabricante-adquirente faltaría la bilateralidad que parece exigir el artículo 1.337 del Código civil, bien ésta sea entendida como participación de ambos futuros contratantes en procedimientos prenegociales, bien como recíproca imputación de confianza. GHIDINI salva la objeción señalando que la bilateralidad no es nota constitutiva de la relación precontractual, sino que ésta se produce cuando surge bien en una de las partes una confianza objetiva respecto de la otra, bien en ambas reciprocamente.

Se señala, por último, que el sistema de responsabilidad establecido por el artículo 1.337 es de naturaleza contractual, pues dicho precepto hace referencia a «las partes». El argumento, puramente literal, se supera refiriendo el término «partes» adoptado en el artículo 1.337 a la relación precontractual, que, desde un punto de vista contractualista, añade GHIDINI, supone una auténtica relación obligatoria, independiente del futuro contrato.

Se plantea entonces la cuestión bajo un enfoque puramente lógico: si es cierto que la fuente de la obligación de buena fe es una relación o «contacto» social dirigida a la preparación del contrato, es lógico pensar que la relación referida sólo surgirá entre aquellos que puedan llevar a cabo el negocio final, en el caso que nos ocupa vendedor y adquirente. Ahora bien: la proposición parece desmentida por el hecho de que en la moderna economía el fabricante —tercero en el contrato de compraventa que efectúa el consumidor— es auténtica contraparte económica.

De otra parte, y bajo el mismo prisma lógico, se afirma que, si comportarse según la buena fe supone observar determinadas obligaciones de aviso, secreto y custodia en aras de la conclusión de un contrato, es evidente que estos deberes incumben a las personas que intentan realizar una concreta ordenación de intereses, o sea vendedor y consumidor. Claro que de la premisa expuesta puede llegarse a una conclusión diversa: los deberes precontractuales incumben a cualquiera que aparezca, por la propia capacidad de influir la formación del contrato, como efectivo centro de imputación de la confianza de una parte; a este respecto ya se ha señalado que en el mercado actual ese «cualquiera» no es otro que el fabricante.

Como un último argumento, esta vez de orden sistemático, a favor de la naturaleza contractual del sistema del artículo 1.337, se pone de relieve que dicho precepto se inserta en una serie de normas propias de la disciplina de las obligaciones y los contratos. Se trata de disposiciones coordinadas en aras de un resultado que afecta sólo a los sujetos de una determinada relación obligatoria, no justificándose, se dice, que la regla de la buena fe contractual se refiera a terceros ajenos al futuro contrato. Ahora bien: ni el encuadramiento sistemático del artículo 1.337 ni la unión funcional entre relación precontractual y relación *ex contractu* imponen la conclusión de que los sujetos de la primera relación se identifiquen siempre con los de la segunda. Por el contrario, dichos factores permiten tan sólo afirmar que la disposición contenida en el artículo 1.337 se dirige únicamente a los sujetos de la relación obligatoria precontractual.

De cualquier modo la tesis de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* ha tenido gran vigencia, desde que fuera expresada por IHERING. Para superarla expresa GHIDINI la necesidad de que se modifiquen los

conceptos sobre fundamento y presupuestos de la responsabilidad misma, en el sentido de admitir la idea, según la cual las obligaciones de corrección *in contrahendo* no se fundan en el contrato-objeto, sino exclusiva y directamente en la Ley. Una vez que por imperativo de la Ley baste una imputación de confianza objetiva para hacer surgir deberes de corrección, la parte que en un «contacto social» prenegocial produzca esa confianza quedará evidentemente obligada.

El encuadramiento de la relación de confianza adquirente-fabricante aparece como el único medio para conservar la específica tutela ex artículo 1.337 de la confianza prenegocial del adquirente. Ahora bien: esto no basta para afirmar la idoneidad del sistema precontractual en problemas de daños por defectos de la cosa, ni para demostrar las ventajas de esta perspectiva sobre la fundada en el artículo 2.043 del Código civil.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de verificar si en la supuesta relación precontractual adquirente-fabricante se individualizan, a cargo de este último, deberes cuya falta de observancia permita imputar el perjuicio sufrido a consecuencia de defectos de fabricación. En este sentido señala GHIDINI que son dos los deberes fundamentales: veracidad e información, concretados ambos en un principio general de corrección que establece la necesidad de realizar cuanto socialmente es exigible para tutelar las legítimas expectativas prenegociales de la otra parte.

En cuanto a la segunda cuestión, se trata de comprobar si el sistema fundado en el artículo 1.337 garantiza completamente la protección del adquirente, lo cual no puede afirmarse con base normativa desde el punto de vista extracontractual. La cuestión se centra en torno de los defectos inevitables, pues la adopción de un comportamiento socialmente exigible no supone, en principio, la imposición de una absoluta y objetiva diligencia, cuyo mantenimiento podría perjudicar a la misma empresa.

En este sentido, afirma GHIDINI que una interpretación funcional y evolutiva del artículo 1.337 permite sostener que dicho precepto impone al fabricante un deber de garantía, puesto que la función protectora a que el precepto tiende no se realiza plenamente con la sola adopción de un comportamiento previo.

La garantía, de la que se excluyen daños por caso fortuito, opera tan sólo cuando se ha realizado en contrato de adquisición, a consecuencia del cual el bien defectuoso llega a poder del consumidor y está subordinada a la efectiva prueba del daño.

VICENTE PONS MARTI
Profesor ayudante de Derecho Civil

GUAITA, AURELIO: *Derecho administrativo especial*, t. V («Aguas, montes, minas»), un volumen de 472 págs. Librería General. Zaragoza, 1970.

En 1960 aparece el primer tomo de un «Derecho Administrativo especial», que el autor, catedrático de la Universidad de Zaragoza, destina fundamentalmente a sus alumnos. Desde entonces van saliendo tomos sucesivos, hasta cuatro, con cadencia bienal. Este quinto se ha hecho esperar más, debido, sin duda, a la precisión de reeditar los anteriores, todos ya en segunda o tercera edición.

En un decenio ha llevado a cabo el profesor GUAITA su propósito inicial: con este tomo quinto queda completa la obra. Entre tanto, ésta ha

adquirido justa fama: los colegas la recomiendan, los estudiantes la emplean con fruto y los profesionales han encontrado en ella un auxiliar valioso para la resolución de cualquier consulta y para la solución, o al menos aproximación, a cualquier problema, en una disciplina que, salvo los contados casos de especialización en una sola materia concreta (aguas, transportes, propiedad industrial, etc.), no permite poseer en profundidad y al día conocimientos inmediatos bastantes para la práctica cotidiana.

La obra es singular, como la idea de escribirla, y ambas han de insertarse en una etapa histórica determinada del Derecho administrativo español. En la anterior, que va acaso desde COLMEIRO a la fundación de la RAP., diversos profesores habían tratado de acotar el latifundio variopinto de la legislación más o menos administrativa en unas obras de conjunto que, tras la indispensable «parte general» con ciertos vuelos doctrinales, proporcionaban el «argumento y cantables» de un sinnúmero de institutos y temas legales, ordenados con mejor o peor fortuna, mediante la transcripción de los preceptos más importantes y la cita o resumen de la legislación complementaria y las más frecuentes máximas jurisprudenciales. Servían al estudiante para pasar el examen; daban alguna indicación útil al profesional; pero su calidad formativa en las materias objeto de «leyes especiales» no iba muy lejos, y una vez derogadas las normas circunstancialmente vigentes perdían, con su valor informativo propedéutico, casi toda su eficacia.

Ciertamente, los mejores de entre esos autores y, en general, los mejores administrativistas de la generación inmediatamente anterior a la guerra civil, que trataron de incorporar la ciencia española a la corriente europea, hicieron algo más valioso que esos manuales: aparte algunas buenas monografías, formaron discípulos, y así se explica la eclosión increíble de nuevos maestros desde los años cuarenta, que han multiplicado por diez y por veinte en cantidad y calidad nuestra producción científica en la materia.

La nueva generación necesitaba sus propios textos, y varios profesores acometieron, con éxito, la tarea de elaborarlos. Pero, como parece lógico, empezando por el principio. Y—*ars longa, vita brevis*—ninguno de tales excelentes textos (dejo aparte las refacciones de los antiguos) parece destinado a pasar de la llamada *parte general*. La singularidad de la idea del profesor GUITA estriba, así, en comenzar por el medio, escribiendo unas instituciones, hoy únicas, sobre la preterida *parte especial*. Lo logrado del intento, es decir, la fidelidad al propósito inicial; la autoexigencia y laboriosidad del autor, y lo inteligente, medido y completo del trabajo, son cosas que se ven mejor ahora, una vez acabado (en cuanto pueda considerarse acabada una obra de esta naturaleza). Incluso los ulteriores cambios legislativos y las consiguientes reformas en las sucesivas ediciones demuestran lo mucho que la obra tiene de permanente y principal.

El presente volumen, como los anteriores, estudia las líneas maestras de la regulación positiva, resumiendo el articulado de las leyes (que transcribe raras veces) y sistematizando su contenido: lo mismo si el tema es objeto de una disposición legal o varias, en cuyo caso funde lo vigente de todas y cada una en una explicación clara y fluida. Todo ello junto con las controversias y cuestiones más importantes en tema de aplicación de la ley, proporcionando antecedentemente noticia histórica bastante para situar los textos en vigor, desarrollando sus principios y conceptos esenciales, y prestando mayor atención y extensión—dentro de su brevedad habitual—a aquellos planteamientos y discusiones doctrinales con repercusión en el Derecho positivo, a cuyo propósito expone, con los argumentos de cada una, las diversas tesis en presencia.

En las notas, en primer lugar, la acostumbrada (y no por eso menos

difícil y meritoria) aportación exhaustiva de legislación y bibliografía, y de toda la jurisprudencia importante, por cierto bien resumida, con observaciones críticas a veces y otras con transcripción literal de algún párrafo. Un trabajo minucioso, paciente, poco brillante y en extremo eficaz, que confiere al libro su notable valor para el profesional, y cuya calidad, exactitud e integridad merecen ponerse de relieve: en particular, la densidad y concisión de las informaciones jurisprudenciales.

Junto a esto contienen las notas indicaciones interpretativas sobre algún precepto concreto; resolución de conflictos y contradicciones entre textos y leyes diversos; concordancias, distinciones y motivos; antecedentes prelegislativos, etc.

No es fácil en un manual, una vez descritos sus rasgos más característicos, dar noticia de su contenido: tal noticia o es el manual mismo o corre el riesgo de ser trivial: nunca podría consistir en el índice detallado de cuestiones, pues éste (al contrario del de una monografía) aproximadamente se puede intuir por cualquiera. Mas el libro de GUATA contiene tomas personales de posición en número más que suficiente para que el lector, dando cuenta de algunas de ellas (al par que señala otros puntos notables en el libro), pueda completar la visión de la obra.

En tema de *aguas*, v en la parte organizativa a la que se dedica el § 1, se ha de destacar el tratamiento de las comunidades de regantes, las cuales «se admite casi con unanimidad que son corporaciones, es decir, entidades jurídico-públicas de base asociativa (están integradas por miembros: los comuneros o partícipes, generalmente regantes), gobernadas por regla general por principios democráticos y, de ordinario, de constitución y permanencia necesaria»; dotadas, al menos a algunos efectos, del carácter de Administración pública, y así de las potestades reglamentaria, sancionadora y ejecutiva, y la de dictar actos administrativos. Mas no considera correcto el autor, «aunque lo deja entrever la Ley de Aguas y en ocasiones lo afirma la jurisprudencia, configurar a estas corporaciones, a estas personas *a se*, a estas Administraciones públicas como *delegadas* de la Administración del Estado, aunque las aguas que administran y aprovechan sean, por hipótesis y siempre, aguas públicas, aguas de dominio público. El nexo que une a las Comunidades de regantes con la Administración del Estado no es la delegación, sino una concesión: las Comunidades son, sencillamente, concesionarias de aguas».

Dentro de las llamadas «Comunidades generales», que—y eso las caracteriza—aprovechan siempre aguas procedentes de una sola toma del cauce público, agrupando colectividades menores y a veces regantes aislados, y planteando el problema de la subsistencia de la personalidad jurídica de tales colectividades menores, distingue el autor según reúnan comunidades antecedentes (éstas parecen conservar su personalidad), o bien, al contrario, se dividan ellas mismas en varias colectividades, que aparecen sin personalidad jurídica, como órganos desconcentrados del ente superior.

Dentro de la comunidad, los jurados, por regla general, pueden configurarse como órganos administrativo-jurisdiccionales (no judiciales) suyos: el autor resume bien la naturaleza de sus sanciones y recursos posibles contra ellas.

Un segundo § versa sobre el dominio de las aguas superficiales; «propiedad *especial*—dice—por su misma naturaleza fluida y fugitiva; por tratarse de un elemento relativamente inaprehensible y esencialmente dinámico»: acaso cabría incluir aquí la distinción entre la condición inmobiliaria de la corriente de agua que, como fuerza o como fluido, opera siempre en el mismo lugar, y el carácter mobiliario de la sustancia. El autor razona su opinión favorable a la nacionalización del conjunto del dominio hídrico del país: en todo caso, piensa que en el Derecho vigente

la presunción legal se halla en favor de las aguas públicas: lo son las no privadas o *nullius*, tal es el espíritu de la Ley de Aguas, bien patente en los proyectos que precedieron a la Ley de 1866 y en la celebrada Exposición de motivos de ésta.

Rechaza el profesor GUAITA la consideración como aguas privadas de las que tengan su nacimiento en montes propiedad de Corporaciones locales incluidos en el catálogo de los de utilidad pública; pues aunque, de una parte, la Ley de montes otorga a tales Corporaciones la «competencia» «para disponer del uso y disfrute de las aguas que nazcan en sus montes», con lo que implícitamente, pero de modo indudable, viene a decir que tales aguas son privadas y de la propiedad de las Corporaciones; de otra, dada la situación del precepto en la Ley de Montes, éste no puede tener otro significado que el artículo 412 del Código civil: se trata de un aprovechamiento que, como el del propietario del fundo donde nace la corriente en el Código, el autor califica de «personal e intransferible»: acaso, más propiamente, de un aprovechamiento que no puede exceder los límites de la finca.

También la legislación forestal ha venido a complicar el tema relativo a las riberas al declarar, aunque de forma nada clara ni mucho menos convincente, que éstas no son bienes de dominio público (frente al Código civil y a la Ley de Aguas), sino patrimoniales del Estado o, más exactamente, del Patrimonio Forestal del Estado (Leyes de 10 de marzo y de 18 de octubre de 1941): el autor no ve razón válida para «cambiar la naturaleza dominial de las riberas, que sin duda han de seguir considerándose de dominio público», aunque parcialmente en la órbita del Ministerio de Agricultura; por lo demás, la Ley del Patrimonio Forestal del Estado no emplea la expresión *riberas*, sino la de *márgenes*, que según la Ley de Aguas son conceptos distintos y nunca pueden coincidir.

Considera el autor que para que las aguas que nacen en predios de propiedad particular sean realmente privadas, es preciso que no constituyan corrientes naturales (en otro caso son aguas públicas, aunque pertenezcan al dueño del predio «para su uso y aprovechamiento»), y da una buena razón, a saber, que según el texto legal «tanto los ríos—en toda su extensión, *incluido el nacimiento*—como los arroyos y manantiales que corren por sus cauces naturales son de dominio público en todo caso».

En tema de aprovechamiento de las aguas públicas (§ 3) se pone de manifiesto el principio de «vinculación del agua a la tierra», tal que cuando caduca la concesión a una empresa para riego de tierras ajenas, el dominio de las obras y el aprovechamiento del agua revierte a la comunidad de regantes y no al Estado (concesión *in perpetuum*). La limitación temporal es incongruente con la concesión para riego de tierras propias (que no podrían ser «devueltas al secano») y más con la concesión para el abastecimiento de poblaciones.

El tema de la usucapión de aguas públicas preocupa a la conciencia administrativista y iuspublicista de mi querido colega y amigo. Por de pronto debe suprimirse al carecer de justificación: «no lo es—piensa—el argumento de la seguridad jurídica», «pues aparte de que las aguas públicas *sí tienen dueño conocido* y con el uso veintenal se esquivo y burla la legítima necesidad de la concesión—a la que deben acudir los menos pacientes—, introduce un elemento de inseguridad y perturbador en la política de los aprovechamientos hidráulicos; es inseguro también este modo de adquirir por la a veces dificultad acerca de la prueba de que durante veinte años. ., etc.; y, en fin, lo es también en cuanto a la cantidad del agua aprovechada. Con todo, pienso yo que si la usucapión, en Derecho civil, sirve para dispensar al reivindicante de la prueba de otro título, esta utilidad es eminente en tema de aguas, en que muchos antiguos aprovechamientos carecen de título escrito; además, la usucapión

en Derecho civil abarca los bienes con dueño conocido, sancionando la inactividad de éste; por otra parte, la «perturbación en los aprovechamientos hidráulicos» que introduce la usucapción veintenal (tiempo suficiente para que se la subsane) no es mayor que la «perturbación en la propiedad» del despojado; finalmente, las dificultades de prueba corren siempre a cargo de usucapiente, según la máxima *tantum praescriptum quantum possessum*.

Naturalmente, estima que la usucapción de las aguas públicas es de naturaleza administrativa, «porque se trata del aprovechamiento de cosas públicas, porque ha de reconocerse *iure publico* (registro de aprovechamientos de aguas) por la Administración, porque provoca actos administrativos, porque la posesión de aguas públicas—también para la Ley de Aguas—es tema jurídico-administrativo, porque de surgir discrepancias habrá que resolverlas en un recurso contencioso-administrativo, porque de hecho y de derecho es como si fuera una concesión». La cuestión es controvertida y controvertible; la postura del profesor GUAITA, defendible y bien defendida; yo, que no la comparto del todo, no podría discutirla aquí.

En tema de aguas subterráneas (§ 4) señala cómo éstas, con las superficiales, componen «un ciclo único, interdependiente y cerrado sobre sí; no hay aguas «aisladas» y, concretamente, las superficiales y las subterráneas se alimentan mutuamente, por lejos que se encuentren éstas respecto de aquéllas, a causa de la fluidez y movilidad de todas ellas. De ahí que una verdadera política hidráulica haya de tener en cuenta todos los recursos hídricos». Tales aguas subterráneas «son cosas *nullius*, sencillamente porque no pueden ser objeto de propiedad, porque no pueden—in actu—ser objeto de ninguna dominación»; por tanto, ni pueden ser propiedad privada del dueño del fundo suprástane ni tampoco cosas dominiales; precisamente por eso «una vez alumbradas por un particular aguas en terrenos de dominio público, la Administración extiende a su favor un título de propiedad sobre las aguas; el alumbramiento es realmente la ocupación de una cosa *nullius*».

El capítulo dedicado a *montes* se inicia con el estudio de la propiedad forestal (§ 1), y en particular, y con detenimiento, de los montes catalogados y su condición legal de bienes patrimoniales de la Administración, que, por ser de ésta, nunca se adscriben al Derecho civil puro, y cuyo régimen específico se aproxima en gran medida al del dominio público: «puede, si se quiere, hablarse de un régimen de dominio público atenuado o degradado, pero sin duda alguna en mi opinión merecen llamarse de dominio público—porque lo son—unos bienes que pertenecen a la Administración, que tienen un régimen de Derecho público (el Derecho privado no está aquí atenuado, sino casi prácticamente proscrito) y que son por definición de utilidad pública ya por ser de uso o de servicio público, ya sencillamente, como será quizá el supuesto general, porque están destinados al fomento de la riqueza nacional». Esto aparte, los montes catalogados pueden ser también de dominio público.

La presunción posesoria emanada del catálogo se convierte para el autor, con razón, en una presunción de propiedad: es curioso observar cómo se reproducen entre los administrativistas los mismos razonamientos que suscitó entre los hipotecaristas la presunción posesoria del artículo 41 de la Ley de 1909. «La Administración—argumenta el administrativista zaragozano—sigue en posesión de un monte catalogado mientras no sea vencida en juicio declarativo ordinario de propiedad; ahora bien, si para «arrebatarle» el monte ha de ser vencida en un juicio sobre la propiedad, esto indica que es la propiedad lo que el catálogo presume, presunción que sólo se destruye si y cuando un particular demuestra (por usucapción o por título del Registro) que es suya la propiedad.»

En tema de deslinde de montes públicos critica el autor que siendo la declaración de la Administración al respecto un acto administrativo y el de deslinde un proceso (contencioso-administrativo) reducido al hecho de la posesión, el discrepante haya de acudir luego al juicio declarativo ordinario de propiedad ante un tribunal civil, duplicidad innecesaria y que debería evitarse. Para él lo congruente sería, tratándose de un acto administrativo, que el litigio se decidiera por el tribunal contencioso-administrativo. Evidentemente, esto es cuestión de pura decisión legal, mas parece dudosa la utilidad de suprimir la especialización por materias de los tribunales para pasar prácticamente a distinguir según las personas de los litigantes: la mano pública tendría sus propios jueces, aun en temas de Derecho privado.

El § 2 se dedica a la repoblación, mejoras y aprovechamientos forestales, y el 3 a la conservación y defensa de los montes, infracciones forestales, sanciones y responsabilidad en tal caso: el autor critica, en tema de sanciones a los incendios forestales, que cuando la multa es superior a cien mil pesetas el asunto pase a la órbita de la justicia criminal, pues «lo que ha de ir ante los Tribunales son los delitos, pero no las faltas administrativas por graves que sean, y no puede defenderse seriamente que una infracción es administrativa si la multa a imponer es de cien mil pesetas, y que, en cambio, es delito si la multa ha de ser de cien mil unav».

En el § 4 realiza el autor una acertada exposición de la naturaleza, régimen y tipología de los bienes y montes comunales. Recuerda cómo, históricamente, «en su casi totalidad, los comunales eran de propiedad de los vecinos, del «común de vecinos», propiedad inalienable y vinculada al vecindario que, obviamente, tenía el derecho de aprovecharlos en exclusiva, facultad normal de todo propietario; el Ayuntamiento sólo era la autoridad gestora de los derechos e intereses del núcleo o grupo social que son los vecinos propietarios»; sólo ulteriormente y tras un largo proceso se atribuyen los Ayuntamientos la titularidad, empero con escasa razón, pues «el supuesto propietario ni puede disponer de un bien comunal ni puede tampoco disfrutarlo o aprovecharlo: es, pues, un propietario muy especial, toda vez que *está* despojado (*no se le ha* despojado, pues no la tuvo nunca) de la facultad de aprovechar esos bienes «suyos», situación irreversible mientras la cosa siga ostentando el carácter de comunal; verdaderamente estamos en presencia, aunque de algo ciertamente vivo, de un fenómeno de arqueología socio-jurídica, casi fósil, de «un ejemplo supérstite de la antigua propiedad colectiva (*gesante Hand*) que pertenece a la colectividad de vecinos y al Concejo (municipal) en su representación».

Con todo —continúa—, dadas las intensas facultades del Ayuntamiento en relación con tales bienes, «ha de reconocerse que hoy es *también* propietario de los comunales, pero no el único propietario, sino, en cierto modo, copropietario en concurrencia con los vecinos». Acaso cabría matizar aquí que se trata de titularidades heterogéneas, ya que aquél y éstos mantienen, frente a los bienes, posiciones diferentes, y, por tanto, no me parece posible hablar de esa titularidad unitaria compartida en que consiste, necesariamente, la copropiedad. El propio autor explica la cotitularidad sobre los comunales, unas líneas después, en mi opinión más exactamente, como «una especialísima propiedad compartida (Municipio-vecinos) de naturaleza jurídico-administrativa: el Municipio aparece como un propietario relativamente maniatado y teórico; los vecinos son titulares de un auténtico derecho real de goce que limita y completa los derechos dominicales de aquél». Y, desde luego, sin duda «también ahora pueden *nacer* bienes de esa especie merced a la ósmosis posible, en ambas direcciones, entre comunales, de un lado, y todos los demás bienes municipales, de otro (de propios y de dominio público)».

Los antiguos comunales propiedad de los vecinos se traducen hoy en los montes vecinales en mano común, especie antiquísima de regulación muy reciente, que el profesor GUAITA estudia a continuación, señalando que «incluso puede sostenerse que las comunidades propietarias tienen personalidad jurídica pública, o al menos no puede negarse que están en la Ley muy intensamente administrativizadas». Frente a la desviación que podría representar el artículo 42.º de la Ley de Montes insiste en que «se trata de montes comunales a secas o sin más, con la única particularidad de que el derecho a los aprovechamientos corresponde no al vecindario total de un Municipio, sino a los vecinos de una *localidad* o *núcleo de población* de dicho Municipio; a una parte de los vecinos de éste».

La tercera y última parte de la obra trata de las *minas*. El § 1, en su parte introductiva, plantea el problema de la naturaleza del dominio minero. Primero, en su perspectiva histórica (que explica el tenor del artículo 339 del Código civil): «para el legislador de 1868-89 lo que llevaba a incluir las minas entre los bienes de dominio público era su destino —fomento de la riqueza nacional—, que se consideraba cumplido y alcanzado suficientemente por el hecho mismo de la concesión y, lógicamente, el concesionario devenía propietario». Y luego en la Ley de Minas, en la cual, en principio, «concedidas o no, las minas son siempre dominio público»: el concesionario se apropia, es propietario, de los minerales separados del yacimiento, pero jamás deviene propietario de éste, de la mina. «Si bien —añade— la de minas es una concesión muy peculiar (¿es perpetua?) que vive en parte en la órbita del Derecho privado.»

Dentro de los bienes de dominio público, las minas no son bienes de uso público (eso quiere decir el Código civil al explicar que pertenecen privativamente al Estado, «en el sentido de que no están abiertas al uso público; de que nadie tiene *a priori* ningún derecho de uso sobre ellas»), ni tampoco de servicio público, sino bienes destinados al fomento de la riqueza nacional, categoría ésta que, aun olvidada en leyes posteriores, tiene su apoyo en el Código civil. Algunos autores, partiendo del supuesto de que no existen más bienes de dominio público que los de uso y los de servicio público, al no poder admitir que las minas sean bienes que presten o estén afectadas a un tal servicio, concluyen que son bienes de uso público, denominación que, según señala GUAITA, no es ni exacta ni ventajosa, pues el uso «deja la cosa intacta, cosa que es además no consumible, mientras que las minas no se «usan» (sí una playa o un camino), sino que se explotan o aprovechan, se les arrancan, incluso físicamente, sus «frutos» (las minas son cosas consumibles: toda concesión minera está abocada a terminar con una pertenencia del dominio público, a extinguir una porción de éste». Aparte de no ser intercambiables las normas dictadas para los bienes de uso público y las dictadas para las minas.

En una segunda parte de este § 1 se ocupa el autor de las rocas y, en particular, de su naturaleza jurídica. El mantiene, contra la doctrina antigua, y al lado de ENTRENA, la dominialidad, apoyado en el tenor literal del artículo 1.º de la Ley de Minas; a partir de ésta el legislador ha optado por «atribuir *ex lege* el derecho de aprovechamiento a los propietarios de los tundos en que se hallen las rocas, y dada su abundancia, etc., no hay inconveniente en que el propietario del predio explote las rocas cuando lo estime oportuno o que ceda a otros su explotación, pues de cualquier modo se alcanza la finalidad de la Ley y el destino de las rocas; pero cuando éste y aquélla exijan otro régimen jurídico de explotación, la Ley de Minas provee suficientemente a ello, obligando al propietario a la explotación y al ritmo que se le señale, e incluso privándole del derecho de explotación que también por Ley se le había otorgado.

Se trata, por consiguiente, de una concesión legal, de naturaleza administrativa y de carácter precario, que se atribuye a los propietarios por su cualidad de «riberños» de dominio público; por supuesto, el derecho atribuido se refiere exclusivamente a aprovechamiento o explotación, no a la propiedad, pues ésta bien claramente dice la Ley que corresponde «a la Nación»: es cierto que dice también que los dueños de los terrenos podrán aprovechar las rocas «como de su propiedad», pero esta frase, sin duda sincopada, ha de entenderse así: *como si fueran de su propiedad*.

Además, en los casos en que el propietario es invitado a aprovechar las rocas situadas en su finca y, desatendida la invitación, otorga el Estado la explotación a un tercero o bien la lleva a cabo el propio Estado, se indemniza al propietario del terreno «por la ocupación de la superficie durante el tiempo necesario y por los daños causados», pero no por las rocas (que nunca fueron del propietario del terreno) ni por el derecho a su aprovechamiento (que pierde automáticamente *ex lege* al negarse a ejercitarlo). Alega, finalmente, los artículos 108 y siguientes de la Ley de expropiación forzosa y 125 y siguientes de su Reglamento, que legitiman la ocupación temporal de inmuebles para la extracción de materiales de toda clase necesarios para la ejecución de obras públicas, abonando el valor de tales materiales únicamente si habían sido acopiados por el propietario o si la cantera se hallaba abierta y en explotación.

Acaso, con todo, las normas citadas de la Ley de Minas y la de expropiación pueden explicarse sin necesidad de prescindir de la teoría tradicional de la propiedad del dueño del fundo sobre la masa rocosa incluida en él. El «derecho de aprovechamiento» que la nueva tesis reserva al propietario tiene entidad muy distinta y mayor que el del dueño del fundo sobre las corrientes de agua que en él nacen (y que no puede desviar o utilizar), hasta el punto de equivaler a un derecho de dominio con ciertas limitaciones. A estas limitaciones alude el artículo 1.º de la Ley de Minas cuando califica a los minerales *in genere*, y por tanto también a las rocas, de «bienes de la Nación»; y en particular a la facultad del Estado de obligar a la puesta en valor de la cantera (de igual modo que puede obligar al cultivo de una finca en determinadas circunstancias) «cuando lo justifiquen superiores necesidades de interés nacional, expresamente declaradas por el Gobierno», y no en otro caso (art. 6). De donde, normalmente, el propietario puede no explotar, contra lo que ocurriría tratándose de una concesión. Y si bien, ciertamente, en circunstancias excepcionales el Estado puede—al parecer—arrebatar la cantera al propietario sin indemnizarle por la masa pétreo (a menos que se considere incluida la piedra extraída en el concepto de «daños causados»); sin embargo, ello ocurre sólo o bien como sanción al incumplimiento de una obligación de la propiedad, o como un aprovechamiento circunstancial y limitado por la necesidad de la obra de utilidad pública a que se atiene con la ocupación temporal (cfr. art. 116 de la Ley de expropiación forzosa); además ocurriría igual si en lugar de rocas se tratase de otros materiales, los cuales son indiscutible propiedad del dueño del fundo. Y ocurre igual en el supuesto del artículo 118 en relación con el 108-4 de la Ley de expropiación forzosa, que supone una inmisión en la propiedad privada mucho más intensa que las otras ocupaciones temporales.

Pienso, pues, que cualquiera que fuere la intención de los autores de la Ley de Minas, y aun el tenor literal del texto legal, la *situación* del dueño del fundo frente a la masa rocosa se configura por la propia Ley, dadas las atribuciones que a tal dueño concede, precisamente como un derecho de propiedad.

En el § 2, minerales, se estudian los permisos de investigación (incluidas las calicatas en terrenos de dominio público a que se refiere el ar-

título 426 del Código civil, y cuyos requisitos son mayores de los previstos en tal precepto) y la concesión minera, cuyo carácter negocial y bilateral considera el autor innegable; «pero no puede decirse lo mismo —al menos sin grandes reservas— del carácter contractual que suele acompañar a las demás concesiones en nuestro Derecho, pues ya se ha dicho que la de minas es de otorgamiento necesario; de otro lado, aunque el título concesional sea concreto y singular para cada caso, el bloque del *status* jurídico del concesionario—de todos los concesionarios de minas— es uniforme y constituye sin duda una situación legal y reglamentaria que coloca al concesionario en una situación más débil que la de quienes contratan con la Administración». En tema de causas de extinción de la concesión hace notar la influencia de la Ley del Patrimonio del Estado, que frente a la perpetuidad admitida por la Ley de Minas impone el plazo máximo de noventa y nueve años para cualquier concesión sobre el dominio público.

En el § 3 y último, sobre hidrocarburos, valora con acierto la norma sobre inalterabilidad de permisos y concesiones, especie de promesa estatal a las empresas interesadas.

Dice el profesor GUAITA en el prólogo que «el libro está todo él como comprimido, con una prosa enjuta, con pocas concesiones a la *literatura*, lo que, muy probablemente, no lo hace de lectura fácil: verdad es también que no me propuse escribir una obra fácil, sino, en la medida de mis fuerzas, actual, exacta, completa y breve; y puede creer el lector que lograr esa brevedad, relativa por otra parte, no ha sido el menor de mis trabajos al estudiar y escribir este libro». Y tiene razón en cuanto dice salvo en lo relativo a la falta de facilidad de la lectura; aunque apretada de nociones, la prosa del libro, correcta otrosí, es diáfana y da la impresión, muy acentuada, de ser perfectamente asequible a los estudiantes, cuya principal dificultad para aprender esta parte del Derecho administrativo no es la de entender la materia, sino la de retener en la memoria nociones tan variadas y abundantes. El hacer discurrir sobre ellas es un medio para facilitar su recuerdo, y también en ese sentido la obra, cumplida y completa ya, es pedagógica.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

RODOTÀ, STEFANO: *Le fonti dil integrazione del contratto*, 250 págs. Milán, 1969.

RODOTÀ, en *Le fonti dil integrazione del contratto*, va a replantear este problema dentro de los nuevos principios que inspiran el moderno derecho de la contratación. Si bien algunos de los problemas que la reforma del Código civil italiano suscitó no pueden trasladarse a nuestro orden jurídico, no es menos cierto que otros e incluso algunos de los aspectos de aquellos que no responden a un mismo contenido de normas nos interesan, puesto que responden a una línea universal de reestructuración de la teoría de la contratación. Aquí radica el interés de la obra. El Capítulo I plantea el tema en términos genéricos de la construcción e integración del contrato. Analiza la integración del contrato en el sistema del Código civil y en la teoría. Frente a una teoría que separaba dos mundos, el de la ley y el de la voluntad privada, cada uno de los cuales impedía la intervención extensiva para su integral funcionamiento, el sistema de heterointegración. El primer sistema —autointegración— postula la distinción entre el «sector público» y el «privado», distingue

entre el dominio de la ley y el dominio del contrato entendido como *lex inter partes*. Exaltaba, además, tanto la creatividad de hacer privada cuanto su asboluta suficiencia para resolver cualquier aspecto de la situación regulada. Estuviese o no fundada en el pasado esta construcción, hoy se contradice con la actual estructura del ordenamiento positivo italiano, e incluso con la realidad de la contratación de nuestros días. La distinción cerrada entre derecho público y derecho privado ha desaparecido. En el sistema constitucional y económico el contrato se sitúa de forma diversa a la tradicional.

Se pone en evidencia la soberanía de la voluntad, se amplía el horizonte de la investigación al tener en cuenta el modelo que inspiró al contrato. La necesidad de acudir a la heterointegración viene impuesta por la naturaleza de las cosas, los usos del tráfico, los postulados éticos. Ha entrado en crisis la autointegración en tema de contratación porque ha entrado en crisis la construcción apriorística en que se fundaba.

Señala ROBOTÁ que, por otra parte, la autointegración encontraba el obstáculo de la imposibilidad de aplicar el procedimiento analógico en el ámbito contractual. Era necesario, pues, acudir a otras fórmulas en tema de integración contractual.

Desde el momento en que la integración no se reduce al ámbito estrechamente voluntarista, se desvaloriza, dice ROBOTÁ, la distinción integración-interpretación.

A continuación estudia el artículo 1.374 del Código civil italiano: ¿cuáles son los instrumentos, se cuestiona, que en el ordenamiento jurídico italiano cumplen la función prevista por el artículo 1.375? El precepto citado parece contraponer dos órdenes de fuentes de las obligaciones derivadas del contrato, el contenido del mismo y, por otro lado, la ley, los usos y la equidad. Con ello resalta la complejidad del contrato. Hoy se habla de institucionalización del contrato, estandarización, publicación, transformación del contrato en *status*, etc., de contrato impuesto, regulado, dirigido, etc. Todos estos fenómenos tienen un denominador común que importa a la hora de abordar el tema objeto de estudio en esta obra: suponen la disminución del significado de la actividad de los contratantes en cuanto a la finalidad constructiva de la regulación contractual.

Es innegable que hoy puede hablarse de la existencia de una nueva línea de principios en tema de contrato, que tienen una serie de importantes consecuencias a la hora de resolver problemas tradicionalmente planteados. «El contrato —ha dicho JOSSEERAND— deviene cada vez menos contractual», y sobre esta premisa estudia ROBOTÁ el tema en su trabajo.

Analiza las limitaciones a la voluntad de los particulares que impiden el que las partes regulen completamente el contenido del contrato. Los factores a que se deben y los efectos —que en cada caso son distintos— que producen. Los límites a la autonomía contractual pueden traducirse tanto en una obligación como en una prohibición de contratar. Tanto en la necesidad de conformarse a una regulación predeterminada como en la obligación de observar la prioridad de tratamiento de los contrayentes. En la sustitución automática de una cláusula contractual como en la modificación de la regulación contractual por finalidades sociales o semipúblicas. Pero en cualquier caso hay una limitación a la libertad de contratar con un distinto valor técnico.

Es innegable que en todo caso hay que atenerse a los términos del derecho positivo.

Es necesario distinguir en primer lugar entre normas que limitan la libertad de contratar y aquellas que limitan la libertad de determinar

más significativo de la interpretación, pero esto significa reducirla a la función de llenar lagunas de la regulación contractual, lo que no agota sus hipótesis en que puede tener lugar. La integración quedaría subordinada, según esta tesis, a la interpretación y reducida a la consideración parcial de los datos legislativos relativos a la regulación contractual. Llegaríamos hasta la concepción de que integración e interpretación serían actividades cualitativamente diferentes, lo que hacen todos los que intentan la individualización de la integración. Pero esto es una esteril investigación conceptualística, dice RODRÁ, porque hay hipótesis en las cuales la fuente legal interviene con independencia de la existencia de una laguna de la regulación, y con carácter de inderogabilidad, roto deliberadamente el nexo instituido entre el momento interpretativo y el integrativo.

En definitiva, el problema de la integración se resuelve todo en el de la construcción de la regulación contractual, adquiriendo un sentido y descubriendo una plausible unidad.

Dedica el Capítulo II a la buena fe y la lealtad en el esquema de la integración contractual. Entre las fuentes de la regulación del régimen contractual debe ser comprendida la lealtad (art. 1.175 del C. c.) italiano. Para ello, analiza el artículo 1.175 del Código civil italiano, su alcance y significado, cuando dispone que el deudor y el acreedor deben comportarse según las normas de la lealtad. Se ha dicho, por otra parte, que la normativa de la lealtad informa a todo el sistema privado de lo lícito e ilícito y, por tanto, no cabe señalarle límites. Pero lo cierto es que no se ha resuelto el problema de la operatividad concreta de tal principio. Al intento de concretarlo dedica RODRÁ las páginas siguientes de su trabajo, partiendo en primer lugar de la relación entre los conceptos de lealtad y buena fe, sus diferencias, los límites difíciles de establecer entre ambos, hasta el punto de que se afirma su unidad conceptual. Aunque fundamentado el análisis en el Derecho positivo italiano, no deja de encerrar un interés general, como lo tiene el trabajo en su totalidad, porque recoge las nuevas concepciones, sistemas y principios en tema de contrato, repetimos.

Dentro de este orden de ideas, es interesante destacar las tesis de que lealtad y buena fe o son conceptos diferentes por aplicarse a la misma situación, o siendo conceptos idénticos en el plano del contenido y aplicables a las mismas situaciones hacen referencia en momentos diversos de este último. O es un único concepto expresado con distinto léxico, pero aplicable a situaciones, momentos y perfiles idénticos.

Se destacan también como notas distintivas de estos dos conceptos el carácter positivo de la buena fe y negativo de la lealtad.

A continuación establece la distinción lealtad-diligencia. ¿Son conceptos realmente distintos? Y la cuestión podríamos hacérsola en términos de nuestro sistema de derecho. Analiza la diligencia como obligación autónoma, como medio de especificar el contenido de la obligación, como deber genérico de protección. La diligencia, concluye, es un criterio de responsabilidad; presupone, por tanto, un contenido ya determinado. La lealtad, por el contrario, mira al *farsi* del contenido.

Destaca también la relación entre los conceptos de lealtad y *alterum non laedere*, la imposibilidad de su unificación en atención a la diversidad de materias sobre las que operan; este último proyectado sobre derechos de otros, reconocidos en fundamento a otras normas.

Intenta, finalmente, la determinación del principio de la lealtad, pese a sus dificultades sistemáticas, puesto que es premisa necesaria para analizar su función en la integración contractual.

La inderogabilidad de la normativa de la lealtad por parte de los particulares no puede actualmente ponerse en duda. Lo que quiere decir que

la problemática de su actuación no esté, como se demuestra por *RODOTÁ*, llena de dificultades. Y también es innegable que el principio de la lealtad significa un límite a la autonomía privada.

Analiza la integración en términos del principio de lealtad, con toda la complejidad de los problemas que plantea.

El capítulo tercero y último viene dedicado a la equidad y el poder del juez. A la significación y función de la equidad en el sistema civil italiano, posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al mismo. El problema de los juicios de valor y la certeza del derecho. El valor de la equidad en un ordenamiento jurídico codificado. Las exigencias del sistema y la justicia del caso concreto. En definitiva, la equidad como componente interna del sistema positivo italiano.

Continúa con la definición de la equidad contractual: fuentes de la regulación contractual y poder del juez. Estudia problemas tan interesantes como los de la analogía y los principios generales en la regulación contractual, equidad y uso, etc.

Importa para *RODOTÁ* destacar la equidad como poder del juez para dar relieve a las «circunstancias» del contrato. Y hace un estudio de lo que se entiende por «circunstancias», las circunstancias y el ambiente contractual, las circunstancias presupuestas, etc. Todo ello en atención al tema: actividad interpretativa y circunstancias, sus límites. Para acabar deteniéndose en el análisis del poder judicial y el área de incidencia de la equidad.

El estudio de *RODOTÁ*, si bien reducido a los términos del derecho positivo italiano fundamentalmente, interesa en cuanto que da luz sobre una serie de problemas que ponen de relieve la incidencia de los nuevos principios en materia contractual que no se limitan a la esfera del Derecho positivo italiano.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Doctora en Derecho

REVISTAS

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA
Abril-junio 1971

La inoficiosidad legitimaria, por Xavier O'Callaphan Muñoz, páginas 255 a 302.

ventura Camy Sánchez-Cañete, páginas 595 a 604.
Sobre un nuevo estatuto del derecho de patentes, por Emiliano Casado Iglesias, págs. 605 a 632.

Julio-agosto 1971

REVISTA DE DERECHO PRIVADO
Junio 1971

Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre la propiedad horizontal, por Buena-

El desuso de las normas jurídicas, por José María Villar Romero, páginas 709 a 715.

Contrato y subcontrato de distribución, por Juan Latour Brotons, páginas 715 a 720.